

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

ÉTUDE JURIDIQUE
SUR LA
TUTELLE MATERNELLE

THÈSE POUR LE DOCTORAT
ÈS SCIENCES JURIDIQUES

Présentée et soutenue le samedi 27 mai 1911, à 1 heure 1/2

PAR

Christea-G. TOMESCO

Président : M. WEISS, professeur
Suffragants { MM. PILLET, professeur
GEOUFFRE DE LAPRADELLE, professeur

PARIS
JOUVE ET C^{ie}, ÉDITEURS
15, Rue Racine, 15

1911

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

ÉTUDE JURIDIQUE
SUR LA
TUTELLE MATERNELLE

THÈSE POUR LE DOCTORAT
ÈS SCIENCES JURIDIQUES

Présentée et soutenue le samedi 27 mai 1911, à 1 heure 1/2

PAR

Christea-C. TOMESCO



Président : M. WEISS, professeur
Suffragants { *MM. PILLET, professeur*
GEOUFFRE DE LAPRADELLE, professeur

PARIS
JOUVE ET C^{ie}, ÉDITEURS
15, Rue Racine, 15
—
1911



Digitized by the Internet Archive
in 2026

ÉTUDE JURIDIQUE

SUR LA

TUTELLE MATERNELLE

AVANT-PROPOS

L'objet de cette étude n'est pas de montrer l'inharmonie de plus en plus grande qui existe entre la situation reconnue à la femme moderne, dans la famille et dans la société, et le rôle effacé que la loi lui assigne en matière de tutelle. Nous nous sommes borné, dans ce modeste travail, au seul examen de la tutelle dévolue à la mère. Nous avons insisté tout particulièrement sur ce qui la différencie de la tutelle paternelle. Beaucoup de ces particularités s'expliquent par l'histoire de cette institution ; c'est pourquoi, nous avons jugé utile de rappeler, ce qu'était la tutelle de la mère dans le droit romain, et dans l'ancien droit français. Le plus clair de nos développements a été consacré, naturellement, au droit civil moderne ; cependant, nous avons pensé devoir terminer par un rapide aperçu des solutions auxquelles l'on a abouti, en droit comparé. Il est bon que le jurisconsulte soit quelque peu au courant de ce qui est admis

dans les législations étrangères. Car, avec les progrès de la civilisation moderne, les peuples les plus opposés ont une tendance à généraliser leurs façons de vivre et de sentir, et les lois de ces différents pays s'en ressentent, forcément, dans une certaine mesure.

PREMIÈRE PARTIE

LES ORIGINES

CHAPITRE PREMIER

LE DROIT ROMAIN

Il paraît tout d'abord quelque peu osé de parler de la tutelle de la mère, à Rome, quand on sait que la femme elle-même, fût-elle *sui juris*, y était en tutelle perpétuelle. Mais, cette institution n'est pas restée immuable ; elle a suivi l'évolution générale du droit romain.

Aux premiers temps de Rome, il ne pouvait être question, non seulement d'une tutelle, mais même du moindre droit de la mère sur ses enfants. Cependant, cette situation se modifia, au cours du développement du droit romain, au fur et à mesure que la tutelle des femmes elle-même disparaissait.

A ce point de vue, nous pouvons diviser cette introduction historique du droit romain en trois périodes : la première va des origines à la fin de la République ;

la seconde comprend l'époque d'Auguste et les quatre premiers siècles de notre ère ; la troisième, enfin, commence un peu avant Théodose et Honorius, qui ont accordé le *jus liberorum* à toutes les femmes de l'empire, pour finir avec Justinien.

PREMIÈRE PÉRIODE

Des origines à la fin de la République romaine

Dans les premiers temps de Rome, la femme, fût-elle épouse et mère, *materfamilias*, jouait, au point de vue juridique, un rôle très effacé dans la famille. Elle pouvait être, d'après la grande division des personnes du droit romain, ou *alieni juris*, ou *sui juris*. Mais, dans un cas comme dans l'autre, sa capacité n'était guère plus grande.

Étant, en effet, *alieni juris*, elle se trouvait, ou sous la *patria potestas* de son *paterfamilias*, ou sous la *manus* de son mari, s'il était *sui juris* ; et, au cas où celui-ci était encore *alieni juris*, c'était le *paterfamilias* du mari qui exerçait la *manus*. Quand la femme était *in patria potestate*, elle n'avait aucune personnalité propre ; elle dépendait en tout de son *paterfamilias*, et quant à sa personne, et quant à ses biens qu'elle ne pouvait avoir en propre. Mariée, son sort n'était pas meilleur, car, elle se trouvait *in manu mariti*,

et, pendant longtemps (1), le mariage fut inséparable de la *manus* (2).

Si la femme était *sui juris* au contraire, elle se trouvait sous la tutelle de son *agnat* le plus proche ; à la rigueur, ce pouvait être même un de ses enfants. Car, à notre époque, la tutelle a beaucoup plus pour objet d'assurer la conservation des liens dans la famille que d'assurer un ensemble de mesures de protection, en faveur du pupille, ou de la femme (3).

Dans de semblables conditions, la femme ne pouvait exercer la tutelle, puisqu'elle y était elle-même soumise ; de plus, la tutelle était considérée, ainsi que toutes les autres charges publiques, comme un *munus* ou *officium virile* (4).

1. Jusqu'au vi^e siècle de Rome, très vraisemblablement. Cf. Girard, *Manuel du droit romain*, 4^e édit., p. 147 et les notes 3 et 4.

2. C'est ce qui ressort de tous les récits légendaires se rapportant à cette période, et aussi — car ces récits ne suffiraient pas à étayer une opinion — de certains textes qui ne peuvent être compris autrement, tel celui du jurisconsulte Modestin. D. 23, 2. *De ritu nupt.*, 1 : *nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ et consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio*. Cf. Girard, *op. cit.*, p. 146 et suiv.

3. Girard, *op. cit.*, p. 219 : « La tutelle des femmes n'a proprement pas dû beaucoup différer de la tutelle des impubères à l'époque ancienne où toutes deux étaient uniquement des puissances unilatérales organisées dans l'intérêt des tuteurs. » Cf. C. Maynz, *Cours de droit romain*, t. III, p. 179.

4. Gaius, D. 26. 1. *De tutel. pr.* — C. 5, 35. *Quando mulier tutelæ officio fungi potest*, 1. — Ulpien, XI, 1. — Gaius, I, 144 et 190.

DEUXIÈME PÉRIODE

*De la fin de la République romaine au IV^e siècle
de notre ère*

Cependant, cette situation de la femme commença à se modifier, dès avant la fin de la République, avec l'extension du mariage sans *manus*. D'ailleurs, dans l'organisation même de la tutelle, on distinguait l'administration des biens du pupille confié au tuteur, et la personne de l'enfant avec la garde et l'éducation qui passaient à la mère (1).

Mais, le pas décisif, au point de vue de l'émancipation de la mère, fut franchi sous Auguste, avec la loi *Julia et Papia Poppæa* (2), quand il accorda le *jus liberorum* aux femmes ingénues ayant trois enfants et aux affranchies ayant quatre enfants. Cette mesure avait déjà été précédée de l'*optio tutoris* (3), accordée par le mari à sa femme dans son testament.

A la disparition graduelle de la *manus*, va correspondre une augmentation de capacité chez la mère. Cependant, si la mère n'arrivait pas encore, au cours de cette période, à être de plein droit la tutrice de ses enfants, elle bénéficiait déjà d'un ensemble de disposi-

1. Cf. C. Maynz, *op. cit.*, p. 159. — Cf. Girard, *op. cit.*, p. 208.

2. Cf. Maynz, *op. cit.*, p. 182 et Girard, *op. cit.*, p. 221.

3. Girard, *op. cit.*, p. 203 et la note 5.

tions, soit législatives, soit simplement prises en sa faveur par le magistrat, qui préparaient, en quelque sorte, la mission nouvelle qui lui sera plus tard couramment confiée.

C'est ainsi que l'on avait fait découler du sénatus-consulte Tertullien, qui reconnaissait à la mère un droit de succession sur les biens de ses enfants, l'obligation pour elle de contrôler et de surveiller, en personne, les biens de ses enfants. Septime Sévère décide qu'au cas de prédécès du père, la mère sera obligée (1), dans l'année même, sous peine d'être déchue des droits successoraux que lui confère le sénatus-consulte Tertullien, de nommer un tuteur à ses enfants, s'ils ne sont soumis à aucune tutelle testamentaire ou légitime.

Dans cette même hypothèse de la vacance de la tutelle, un autre empereur, Alexandre Sévère, écarte pour la mère l'application du sénatus-consulte Velléien, quand, présentant un candidat au magistrat, elle offre de se porter garante de sa gestion comme tuteur (2).

Quant à la garde de l'enfant, que de bonne heure on avait pris l'habitude de confier à la mère, tandis que le tuteur n'avait que la gestion des biens, à notre époque, elle devient, en quelque sorte, pour la mère un droit acquis. Alexandre Sévère le lui accorde par son rescrit de préférence à toute autre personne, à la condition toutefois de ne pas se remarier ; et, au cas de difficultés

1. 6. T. de Sc. Tertulliano 3, 3 et Cf. Maynz, *op. cit.*, p. 154.

2. Ulpien, D. 38, 17 H. D. Sc. Tert. et Orph. 2. 39.

sur la question de la garde de l'enfant, le même empereur décide, qu'il appartiendra au gouverneur de la province de les trancher en confiant la garde de l'enfant à la personne qui lui offrira le plus de garanties (1).

Enfin, et ceci ouvre tout à fait la voie à la tutelle maternelle, la mère peut nommer un tuteur testamentaire à son enfant du moment qu'elle l'institue (2) héritier. Le magistrat prit l'habitude de valider cette disposition du testament après une enquête préalable sur la moralité, l'aptitude et la solvabilité de la personne ainsi désignée.

De l'obligation pour la mère de nommer un tuteur testamentaire à son enfant, à la possibilité pour elle d'être elle-même choisie comme tutrice testamentaire, il n'y avait qu'un dernier pas qui fut franchi par les magistrats dans les provinces, quand (3) ils se mirent à valider les testaments par lesquels un père nommait sa femme tutrice testamentaire de ses enfants.

TROISIÈME PÉRIODE

Du IV^e siècle de notre ère à Justinien

Ce que nous venons de dire se passe au IV^e siècle de notre ère. Et, l'on devait s'engager d'autant plus dans cette voie que la tutelle de la femme elle-même avait

1. C. 5, 49, *Ubi pupilli educari debeant*,

2. Cf. Maynz, *op. cit.*, p. 152 et les références de la note 5.

3. Papinien, D. 26. 2. *De testamentaria tutela* 26 pr.

déjà complètement disparu (1), sinon en droit, du moins en fait.

La première disposition législative, que nous allons rencontrer, est la constitution rendue en 390 de notre ère, à Milan, par les empereurs Valentinien II, Théodose I et Arcadius (2). Aux termes de cette constitution, la mère veuve a le droit de réclamer la tutelle de ses enfants.

Les conditions exigées pour qu'elle l'obtienne sont :

1° L'absence de tout tuteur testamentaire ou légitime;

2° Qu'elle ait atteint l'âge de vingt-cinq ans ;

3° Enfin, comme garantie donnée au pupille, la mère devait jurer *apud acta* qu'elle ne se remarierait pas.

Si elle venait à manquer à son serment, les enfants avaient, indépendamment de l'hypothèque qui grevait tous les biens de leur mère, une hypothèque légale nouvelle sur tous les biens du second mari (3). Quant aux créances garanties par cette hypothèque elles l'étaient toutes au même degré, fussent-elles nées avant ou après le mariage. Mais, la mère qui se remariait au mépris de ces dispositions, était-elle déchue de la tutelle ? Le texte ne le dit pas, et nous sommes réduit aux conjectures, dont la moins hasardeuse, à notre avis, est la négative. C'est ce qui expliquerait, par la suite, l'intervention de Théodose le Jeune, à un double point de vue :

1. Sur la date de la disparition de la tutelle des femmes, V. Girard, p. 221 et la discussion engagée dans la note 8, même page.

2. C. 5. 35. *Quando mulier*, 1, 2.

3. Cuq, t. II, *op. cit.*, p. 796 et la note 3.

4. C. 6. 56. Ad. Sc. Tertull., 6.

1° Il substitue le serment à la promesse ;

2° Il applique comme sanction à la mère remariée, malgré son serment, la peine prévue par Septime Sévère (1) pour les mères, qui n'avaient pas fait nommer de tuteur à leurs enfants, savoir : la perte des avantages conférés par le sénatus-consulte Tertullien. Mais la mère pouvait éviter cette déchéance de ses droits successoraux en faisant nommer un tuteur à ses enfants. Tout cela fut modifié par Justinien qui d'ailleurs réorganisa complètement la tutelle de la mère.

Les réformes de Justinien, en notre matière, doivent être étudiées à deux époques différentes : celles antérieures à la réforme du régime successoral romain, apportée par les Nouvelles 113 et 127, et, celles qui y sont postérieures et en découlent nécessairement.

En suivant l'ordre chronologique, nous rencontrons tout d'abord pour le premier groupe de réformes : celle de la tutelle de l'enfant naturel né *ex concubinato*. Dans le cas où le père est mort sans lui avoir désigné un tuteur, Justinien (2) autorise la mère à prendre la tutelle sous les trois conditions suivantes :

1° Jurer de ne pas se marier et de vivre chastement ;

2° Renoncer au bénéfice du sénatus-consulte Velleien ;

3° Donner à l'enfant une hypothèque sur tous ses biens.

En 539, par la Nouvelle 94, la mère de l'enfant légi-

1. Modestin, D. 26.6. *Qui petant tut. vel cur. et ubi petantur*, 2, 2.

2. C. 5, 35, *Quando mulier tutelæ officio fungi potest*, 3. — V. Accarias, t. I, p. 357 et suiv. pour toutes les réformes de Justinien.

time fut soumise à ces deux dernières conditions et à la promesse seulement de ne pas se remarier. La promesse remplaçait le serment, jusque-là exigé et fort peu observé, car, il n'empêchait pas les secondes noces. Mais l'inobservation de la promesse entraînait de plein droit, pour la mère, la déchéance de la tutelle (1).

Enfin, les dernières réformes de Justinien, qui procèdent d'ailleurs des modifications apportées à l'antique régime successoral romain, sont celles rendues en 543, et insérées dans la Novelle 118. Comme la distinction entre les cognats et les agnats a disparu, la mère vient au premier rang, de préférence à tous autres tuteurs légitimes. Mais, conformément à la vieille conception romaine, elle est primée par le tuteur testamentaire. Cependant, elle n'a plus à réclamer cette tutelle au magistrat, qui pouvait toujours la lui accorder ou la lui refuser; elle y est admise de plein droit, sauf la possibilité de se faire excuser en invoquant son sexe.

Puis, la même novelle accorde à la grand'mère l'exercice de la tutelle sur ses petits-enfants, toujours sous les mêmes conditions que la mère (2), et, seulement à défaut de celle-ci.

Tel est le dernier état du droit romain, qui n'alla pas plus avant, dans les droits reconnus à la mère, et qui ignore toujours comme tutrices, les femmes autres que la mère ou l'aïeule. C'est la formule que nous donne

1. Nov. 94, cap. 2.

2. En ce qui concerne la mère légitime peut-on supposer que Justinien la dispense de toute hypothèque. V. sur cette question très douteuse Accarias, t. I, p. 358.

la Novelle 118, cap. 5 (1), et, même dans les cas où la mère y avait droit, elle n'est pour elle que facultative, et jamais obligatoire (2).

1. Nov. 118, cap. 5, *Mulieribus enim etiam nos interdicimus tutelæ subire officium, nisi mater aut avia fuerit.*

2. Cf. Accarias, t. I, p. 358.

CHAPITRE II

L'ANCIEN DROIT

Nous diviserons cette partie de notre travail en trois périodes : la période barbare ou franque, la période féodale et la période monarchique.

Nous n'étudierons pas ce que pouvait être la tutelle à l'époque gallo-romaine, puisque c'était en somme le droit romain, celui du BAS-EMPIRE, qui régissait ces populations entièrement romanisées. Nous n'avons qu'à renvoyer pour cette période à tous nos développements consacrés au droit romain. Peut-être y aurait-il quelque chose à dire sur la période antérieure à la conquête romaine, sur les Celtes et les Gaulois. Mais, nous reconnaissons très sincèrement ne pas posséder de grandes lumières sur ces temps reculés. Nous ne pensons d'ailleurs pas que l'étude de la tutelle de la mère puisse être jamais sérieusement envisagée chez les Gaulois, puisque, au dire de César (1), ils reconnaissaient au chef de famille un droit de vie et de mort aussi bien sur la femme que sur les enfants. Arrivons à des temps moins légendaires sur lesquels nous aurons des documents précis.

1. *Cæsar, Commentarii de Bello Gallico*, t. VI, p. 13.

PREMIÈRE PÉRIODE

Période barbare ou franque

Après la chute de l'empire romain d'Occident, les peuples barbares qui s'étaient établis en Gaule voulurent avoir des lois écrites, à l'exemple des Gallo-Romains à côté desquels ils vivaient. Indépendamment de cet instinct d'imitation, qui pouvait les pousser à ce travail de rédaction, la nécessité s'en faisait d'autant plus sentir que chaque groupe ethnique était soumis à sa loi personnelle (1). De là, toute cette floraison de lois barbares que nous rencontrons aux VII^e et VIII^e siècles. Mais, ces lois n'avaient-elles pas subi, dans une certaine mesure, l'influence du droit romain? Cela ne fait pas de doute. C'est pourquoi, avant d'étudier l'histoire de la tutelle maternelle, à l'époque franque proprement dite (VII^e, VIII^e et IX^e siècles), nous nous efforcerons de déterminer, ce qui était admis dans les coutumes germaniques avant l'entrée des barbares en Gaule. Il en résulte, pour notre exposé, une subdivision en deux paragraphes.

§ 1. — *La tutelle maternelle dans les anciennes coutumes germaniques*

Quand on étudie les coutumes germaniques, dans leur état primitif, et même après qu'elles eurent subi le con-

1. C'est ce qu'on appelle en histoire du droit : le système de la personnalité des lois, auquel l'on oppose, sous la période féodale, le système de la territorialité des lois.

tact du droit romain, la première institution que l'on rencontre dans la famille germanique est le *mundium*. Ce terme (1), qui est assez difficile à rendre en français, signifiait en général la puissance. Le pouvoir qu'exerçait le chef de la famille, sur toutes les personnes qui dépendaient de lui, s'appelait *mundium*, que ce fût sur ses enfants, ou sur sa femme. Or, la femme germane était en tutelle perpétuelle (2), comme la femme romaine des premiers siècles. Non mariée, elle était sous le *mundium* de son père ; mariée, sous celui du mari, et veuve, elle avait un tuteur ou *mainbourg* qui exerçait sur elle le *mundium* ; c'était le plus proche parent (3) par les mâles, ce pouvait être son propre fils (4). C'était la coutume qui déterminait le mode de délation de la tutelle. L'ancien droit germanique ne connaissait pas de tutelle testamentaire, pour la bonne raison qu'il ignorait le testament ; et il n'y avait pas non plus de tutelle dative.

Dans un semblable état social, il ne pouvait donc être question d'une tutelle de la mère sur ses enfants. On pouvait lui accorder sur eux un droit de garde et c'était tout. Cependant, certaines lois barbares, dont la loi des Wisigoths, parlent d'une tutelle appartenant à la mère non remariée. Mais les textes, auxquels il est

1. Pour l'étymologie Cf. P. Viollet, *Histoire du droit civil français* (*Droit privé et sources*, 3^e édit., p. 313 et la note 2), et J. Brissaud, *Cours d'histoire du droit français*, t. II, p. 1144 et la note 2.

2. P. Gide, *Étude sur la condition privée de la femme*, 2^e édit., p. 273 et les notes.

3. Cf. P. Viollet, *op. cit.*, p. 577 et les notes.

4. Cf. J. Brissaud, *op. cit.*, p. 1133 et les notes.

fait allusion, remontent à une époque postérieure à l'entrée des barbares et à leur établissement en Gaule. On y sent, en plein, l'influence du droit romain. Donc, nous ne saurions les retenir ici, nous passons à notre second paragraphe.

§ 2. — *Tutelle maternelle après les invasions
chez les Francs et les barbares*

Après leur entrée en Gaule, les barbares modifièrent leurs mœurs et leurs coutumes, au contact de la civilisation romaine et aussi sous l'influence du christianisme (1). C'est ainsi que la condition de la femme barbare s'améliora sensiblement. Mais, elle n'atteignit jamais dans son évolution le même point que la femme romaine, qui dans le dernier état du droit romain, était pleinement émancipée. Ce mouvement d'émancipation de la femme fut contrarié et complètement arrêté par la féodalité. Cependant, au cours de la période qui précède la féodalité, et que l'on nomme, dans l'histoire du droit français, la période franque, le rôle de la femme, en ce qui nous intéresse ici, s'est affirmé en matière de tutelle maternelle. Certaines lois barbares reconnaissent la tutelle maternelle, à l'instar du droit romain.

« La notion d'une tutelle protectrice (2) dit M. P. Viol-

1. Cf. P. Viollet, *op. cit.*, p. 578.

2. *Ad tuendum eum qui propter ætatem sua sponte se defendere nequit*, D. XXVI, I. *De tutelis*, 1.

let (1), inspire les Burgoundes et les Wisigoths : leurs lois consacrent la tutelle légitime de la mère (2) non remariée. Chez ces peuples, la tutelle de la mère est la première de toutes, elle prime celle des parents... Il est probable que le Christianisme contribua à ce progrès. Chez les Germains non christianisés la mère ne joue point ce rôle public. »

C'est, en effet, une conception nouvelle de la tutelle organisée en faveur de l'incapable, que l'on veut protéger, et, non plus en faveur de la famille à laquelle on prétend assurer la conservation des biens. La tutelle romaine était aussi basée sur l'idée de protection de la famille ; n'est-ce pas la caractéristique (3) de toutes les civilisations primitives ? D'abord les parents interviennent pour assurer la conservation des biens dans la famille ; puis, l'État, c'est-à-dire la loi intervient pour fournir à l'incapable la protection, qui est due à sa personne. On constate, à notre époque, un fait analogue. A la tutelle agnatique, la seule connue à l'origine, vient s'ajouter la tutelle dative, sous forme d'extension du *mundium*, au roi, ou au seigneur. Et, c'est tout. On ne pouvait, il faut le reconnaître, aller guère plus loin dans l'émancipation de la femme, à cause des guerres incessantes, de l'insécurité générale dans

1. V. P. Viollet, p. 578.

2. *Lex Burg.*, t. IX, LXXXV, § 1.— Papien, XXXV. *Lex visig.*, III, I, 7 ; IV, II, 13, d'après M. P. Viollet.

3. Cf. Girard, *op. cit.*, p. 219, qui dit parlant de ces tutelles « des puissances unilatérales organisées dans l'intérêt des tuteurs ».

laquelle on vit, ce qui exige tout un système de protection pour les personnes comme pour les biens. C'est, en effet, la période féodale qui commence.

DEUXIÈME PÉRIODE

Période féodale

Nous allons étudier maintenant une période extrêmement compliquée; cela est dû à une double cause: d'abord, à « l'interférence des institutions d'esprit opposé et l'imprécision de la terminologie » (1), et, ensuite, au régime féodal lui-même, qui, admettant diverses sortes de biens dans un même patrimoine, organisait des tutelles différentes en faveur d'une même personne, selon la nature des biens. Cette *pluralité de tutelles* (2) était possible, puisqu'on ne se préoccupait pas, avant tout, de la protection du mineur.

Dans le droit féodal, on peut distinguer, d'après M. le professeur J. Brissaud, que nous avons suivi presque complètement, en toute cette partie, plusieurs sortes de tutelles, ou du moins d'institutions, ayant entre elles ce trait commun de protection et de conservation des biens d'un mineur, en faveur de telle ou telle personne. Nous rencontrons au cours de cette période: le bail, la tutelle dative et la garde seigneuriale.

1. J. Brissaud, *op. cit.*, p. 1149, n. 4 *in fine*.

2. J. Brissaud, *op. cit.*, p. 1150 et les notes.

LE BAIL qui s'applique aux fiefs est l'ancienne tutelle légitime des temps barbares. Le bail est déferé par la coutume, car « les baillies et gardes sont coutumiers » (1), tandis que les tutelles sont datives. Ce bail appartient à l'héritier présomptif du fief, qui doit être le plus proche parent du côté d'où vient le fief. Ce pouvait être un collatéral, mais pas un ascendant, en vertu du principe féodal *feudum non ascendit*.

Pourtant, et c'est là ce qui nous intéresse, le bail pouvait être confié au père ou à la mère (2). Et, dans ce dernier cas, le père (3) ou la mère avait, en plus du bail, la garde de l'enfant, car, on ne les supposait pas capables de le faire disparaître, comme un *baillistre* (tuteur) ordinaire. Au sujet de la mère survivante, il nous faut remarquer que primitivement, pour avoir le bail, elle était obligée de se remarier, afin que le service du fief fût assuré au seigneur, sinon elle le perdait. Mais, cette coutume finit par être jugée avec défaveur, et plus tard, l'on arriva même à admettre le contraire, dans certaines coutumes : le mariage de la mère lui faisait perdre le bénéfice du bail (4).

Le bail, tel que nous venons de le voir fonctionner,

1. Loysel, 183.

2. Cf. J. Brissaud, *op. cit.*, p. 1153.

3. Cette séparation entre le bail et la garde même du mineur, qui appartiennent l'un et l'autre, à des personnes différentes, se comprend fort bien, si l'on se rappelle que le *baillistre* était un usufruitier des biens du mineur, et qu'il acquérait la propriété des meubles.

4. Loysel, *Institutes*, div. I. tit. IV, règle XXII : « Bail ou garde se perd par mésusage ou quand le gardien se remarie. »

va subir des modifications, en présence de la disparition des obligations féodales ; il donnera naissance à la *garde noble* que nous rencontrerons à la période monarchique.

LA TUTELLE DATIVE, inconnue à l'époque barbare, s'est organisée, peu à peu, au cours de la féodalité sous l'impulsion du roi et des seigneurs. Elle était née d'une extension du *mundium* du roi (1) aux personnes faibles ou sans ressources qui avaient besoin de sa protection. Tel était le cas des veuves, des orphelins. C'est cette idée qui se développe de plus en plus ; et elle est exprimée ainsi, au ^{xiii}^e siècle, par Beaumanoir (2) : « de droit commun tuit li sousaagié sont en la garde du seigneur en qui justice ils sont. » On en tire cette conséquence que le seigneur (ou le roi) doit donner un tuteur à toute personne qui n'a pas de tuteur légitime, et, au cas où l'on n'en trouverait point, c'est lui-même qui doit servir de tuteur.

Arrivons maintenant à la GARDE SEIGNEURIALE. C'est une institution essentiellement féodale, propre à sauvegarder les droits du seigneur, plutôt que constituant un ensemble de mesures de protection organisées en faveur du mineur. Comme le mineur était trop jeune pour rendre au seigneur ses devoirs de vassal, ce dernier reprenait le fief (3). De là, les conséquences suivantes :

1. V. ci-dessus p. 21.

2. Beaumanoir, 16, 12.

3. Cf. P. Viollet, *op. cit.*, p. 582, *in fine* et J. Brissaud, *op. cit.*, p. 1150 et les notes.

droit pour le seigneur de jouir du fief et d'en percevoir les revenus ; droit sur la personne du mineur : le seigneur consentait au mariage des filles, gardait ses fils à ses côtés. Enfin, ce qui est particulier et qui distingue la garde seigneuriale du bail, c'est que le bail était accordé au seigneur, de préférence à la mère et aux collatéraux.

En présence des difficultés soulevées, et des abus qui en résultaient, la garde seigneuriale perdit, dès le ^{xiii}^e siècle ses principaux caractères, tels que nous venons de les indiquer, et elle est complètement transformée, dans la période monarchique, car, le bail des fiefs écarta, de plus en plus, la garde seigneuriale.

TROISIÈME PÉRIODE

Période monarchique

A l'époque monarchique, presque toutes les institutions, que nous avons précédemment étudiées, se retrouvent encore, mais plus ou moins modifiées par suite de la conception nouvelle que l'on se fait de la tutelle : l'on se préoccupe désormais, avant tout, de protéger le mineur, et non d'assurer la conservation des biens dans la famille.

Nous rencontrons au cours de cette période : 1° *la garde noble* qui a remplacé le bail ; 2° *la garde bourgeoise* ; 3° *la garde roturière* et enfin 4° *la tutelle dative, tutelle de droit commun*.

1° GARDE NOBLE. — Sous le nom de garde noble, subsiste l'ancien *bail féodal*, qui a subi de profondes modifications. Car, avec la disparition de la féodalité, disparaissent certaines de ces conséquences, dont la principale était la nécessité d'assurer, avant tout, le service militaire ou service de guerre, rendu à son suzerain par le titulaire du fief. Le bail des collatéraux disparaît dans beaucoup de coutumes ; les droits de cette catégorie d'héritiers passent aux ascendants, que l'on laissait autrefois de côté, en vertu de la règle *feudum non ascendit*. Et, fait intéressant, pour nous, à noter ici, cette garde noble, qui porte naturellement sur des biens nobles, passe au père et à la mère et aux ascendants quand ils sont nobles ; elle leur assure, enfin, un droit de jouissance, à peu près analogue, à celui des baillistres.

2° LA GARDE BOURGEOISE, que nous allons maintenant étudier, est l'ancienne tutelle usufructuaire. C'est une sorte de garde noble, débarrassée des obligations féodales, et circonscrite aux bourgeois de Paris et de sa banlieue (1).

Notons ses principales caractéristiques :

a) Elle n'appartenait qu'au survivant des père et mère, et jamais aux aïeux ;

b) Elle conférait la jouissance des biens du mineur, mais pas la propriété de ses meubles.

c) Elle prenait fin à la majorité du mineur (douze ou

1. Cf. F.-J. Brissaud, p. 1157 et V. dans une autre acception P. Viollet, p. 584. M. P. Viollet ne fait pas la distinction entre la garde bourgeoise et la garde roturière.

quatorze ans), qui n'était pas la même que pour les biens nobles.

3^o GARDE ROTURIÈRE. — Elle s'appliquait aux biens non nobles, que les propriétaires fussent nobles ou non (1). Ses particularités sont les suivantes :

a) Elle ne conférait pas la jouissance des biens.

b) Le plus proche parent du mineur, paternel ou maternel, avait la garde de ses biens, sans distinction de leur provenance, et il devait toujours en rendre compte.

c) Cette garde prenait fin : α) par la majorité ; β) le mariage du mineur ; ou encore, et ceci est intéressant pour nous, γ) par le second mariage du conjoint survivant ; ou encore δ) par l'inconduite de la veuve ;

4^o TUTELLE. — C'est l'ancienne tutelle dative. Cette institution va jouer un rôle prépondérant, au cours de la période monarchique, car, avec les idées nouvelles de protection du mineur, on la rencontre partout, soit à défaut de bail ou de garde, soit en concurrence avec le bail ou la garde. Ses caractères généraux (2) sont que le tuteur n'a que la garde des biens ; il n'a pas, comme le baillistre ou le gardien, la jouissance des biens du mineur ; il devra en rendre compte. Quant à ses caractères particuliers, ils diffèrent suivant que nous étudions la tutelle dans les pays de coutume ou les pays de droit écrit.

1. En vilainie, coterie ou roture n'y a bail. Loysel, *Institutes coutumières*, 189.

2. V. pour toute cette partie J. Brissaud, p. 1159 et suiv. et P. Viollet, p. 587 et suiv.

a) *Pays de coutume*. — Dans ces pays « toutes les tutelles sont datives », en ce sens qu'il fallait toujours une décision rendue par les magistrats municipaux ou par le juge, même si on était en présence d'une tutelle déférée par testament. Les tuteurs sont assistés d'assemblées de parents, composées des plus proches parents ; les femmes en principe n'assistent pas à ces assemblées. Quant à la mère survivante, qui avait la tutelle, elle pouvait se faire excuser, en raison seule de son sexe ; et elle perdait la tutelle au cas de remariage.

b) *Pays de droit écrit*. — L'influence du droit romain reste persistante ; on y a introduit, à la longue, en ce qui concerne la tutelle de la mère, de sensibles atténuations à la règle romaine. C'est ainsi qu'elle n'est plus obligée de renoncer au sénatus-consulte Velléen. Pour les secondes noces, l'on est moins dur : elle perd la tutelle par le second mariage, mais elle peut être nommée tutrice dative.

Mais, si elle se remarie sans pourvoir le mineur d'un tuteur, elle est déchue, à la fois, de la tutelle et de la succession.

Dernière remarque, pour les pays de droit écrit : la tutelle passe, à défaut de la mère, à l'aïeule. Nous devons cependant, reconnaître que certains pays de coutume admettaient la même solution.

Et, en présence de semblables dispositions, ne pouvons-nous pas conclure notre exposé historique de l'ancien droit français, par la reproduction du texte bien connu de Justinien, lequel ne marque pas seulement le

dernier terme du développement de la tutelle en *droit romain*, mais est également vrai pour la période que nous venons d'étudier. Il nous restera à examiner maintenant, si nous pourrons terminer l'exposé de la tutelle maternelle, dans le droit français moderne, par une semblable conclusion : « Mulieribus enim etiam nos interdicimus tutelæ subire officium, nisi mater aut avia fuerit (1). »

1. Novelle, 118, cap. 5.

DEUXIÈME PARTIE

DE LA TUTELLE MATERNELLE DANS LE DROIT MODERNE

CHAPITRE PREMIER

TUTELLE DES ENFANTS LÉGITIMES

Nous avons terminé l'étude des origines de la tutelle maternelle avec l'ancien droit, et nous n'avons pas parlé du droit de la période révolutionnaire. Car, si durant cette dernière période, on fit beaucoup, en faveur du mariage, du divorce, ou de l'adoption, créée tout d'une pièce, le législateur révolutionnaire ne fit pas grand-chose, en matière de tutelle; et, en ce qui nous intéresse particulièrement, sur la tutelle de la mère, nous n'avons rien à retenir. Tout le droit français moderne(1),

1. Sauf naturellement les quelques modifications législatives dont nous aurons à parler au cours de notre travail : lois du 31 mai 1854 abolissant la mort civile; du 27 juillet 1880 sur les aliénations des valeurs mobilières appartenant aux mineurs; du 24 juillet 1889 sur la déchéance de la puissance paternelle; du 21 février 1906 sur la jouissance légale de la mère remariée; du 2 juillet 1907 sur la tutelle des enfants naturels.

en matière de tutelle maternelle procède, du Code civil de 1804, qui a subi lors de sa rédaction l'influence soit du droit coutumier, soit du droit écrit des pays du midi. Le Code civil décide que sera mis en tutelle tout mineur, qui viendrait à perdre l'un quelconque de ses père et mère. C'est un premier point, qui distingue la tutelle française de celle du droit romain, où la tutelle ne coexistait pas avec la puissance paternelle. Le Code fait finir la tutelle avec la majorité de l'enfant ; il n'a pas conservé le système du droit romain et des pays de droit écrit, qui organisait la curatelle à la suite de la tutelle. Enfin, l'on y découvre encore les trois sortes de tutelle : légale, testamentaire et dative, avec une prérogative marquée pour celle du père, ou de la mère survivants.

Sous le bénéfice de ces quelques observations, examinons, maintenant, les modes d'ouverture de la tutelle maternelle, et, en quoi, cette tutelle diffère de celle du père, soit pour les enfants légitimes, soit pour les enfants naturels. De là, les deux grandes divisions de notre travail, consacrées, la première aux enfants légitimes, et la seconde aux enfants naturels.

Pour la disposition des matières, nous suivrons, dans notre premier chapitre, le plan même du Code : après une première section, réservée aux causes pouvant donner ouverture à la tutelle de la mère, nous étudierons ensuite, dans une section distincte, chacune des quatre particularités, qui la différencient de la tutelle paternelle.

La tutelle des enfants naturels fera l'objet d'un

second chapitre, qui sera subdivisé lui-même en deux parties : l'une exposant l'état de la question de la tutelle de la mère de l'enfant naturel, avant la loi de 1907 ; et l'autre les conditions nouvelles de cette institution, depuis sa réforme.

PREMIÈRE SECTION

DES CAUSES POUVANT AMENER L'OUVERTURE DE LA TUTELLE MATERNELLE

§ 1. — *Prédéces du père*

L'hypothèse la plus fréquente, et celle prévue tout d'abord par le législateur, est celle du prédécès du père, qui confère de plein droit, à la mère survivante, la tutelle de ses enfants mineurs et non émancipés. Ce cas est réglementé par l'article 390 du Code civil. Dans ce texte, continue toujours à figurer, mais en *italique*, ces mots, *ou civile*, qui se rapportaient à l'hypothèse de la mort civile, encourue autrefois par ce père à la suite d'une condamnation aux travaux forcés à perpétuité, ou à la déportation (indépendamment de la peine de mort). Cet autre cas d'ouverture de la tutelle légale a disparu par suite de l'abolition de la mort civile par la loi du 31 mai 1854.

§ 2. — *Déchéance de la puissance paternelle*

Le droit moderne connaît un nouveau cas d'ouverture de la tutelle maternelle, depuis la loi du 24 juillet

1889, qui prévoit et organise la déchéance de la puissance paternelle. Au cas de déchéance prononcée contre le père seul, la solution (1), qui pouvait paraître la plus naturelle, était de confier l'administration légale, avec la garde des enfants, à la mère. Mais, la loi donne au tribunal, le pouvoir de l'écarter, et de déclarer qu'il y a lieu à ouverture de la tutelle « dans les termes du droit commun ». On a pensé, avec raison, que le père, déchu de la puissance paternelle, ne continuerait pas moins à vivre avec la mère, et qu'il pourrait, dans ce cas, exercer sur elle une influence préjudiciable aux enfants. C'est ce que le législateur a voulu éviter. Mais, dans notre hypothèse, le père étant seul déchu, et la mère n'ayant point été jugée digne d'exercer la puissance paternelle, qui va procéder à la nomination du tuteur ? La loi n'y a pas répondu expressément ; mais il ne semble pas faire de doute que le législateur a entendu confier cette mission au tribunal (2) déjà saisi de la question de déchéance. Sans doute, cette solution est toute nouvelle en droit français, mais c'est le premier pas dans l'organisation de ce que l'on appelle la *haute tutelle*, comme nous le verrons plus tard, au cours de notre étude, sur la tutelle des enfants naturels.

Après avoir écarté dans cette hypothèse la solution qui consistait à faire nommer le tuteur par le conseil de famille, il nous reste à examiner un second point : le

1. Art. 20 de la loi du 24 juillet 1889.

2. En notre sens, Charmont, *Revue critique*, 1891, p. 520 *in fine* et *Jur. gén.* — Dalloz, *Suppl. V^o Puiss. paternelle*, n^o 64, p. 39.

tribunal, qui a refusé à la mère l'exercice de la puissance paternelle, pourra-t-il la nommer tutrice (dative) de ses propres enfants. Ce second point peut faire l'objet de deux nouveaux cas particuliers : premier cas, le père déchu est toujours vivant, et il s'agit de nommer un tuteur à l'enfant ; la mère peut-elle être désignée ? second cas, le père vient à décéder, après la désignation d'un tiers comme tuteur, la tutelle va-t-elle revenir à la mère, avec l'exercice de la puissance paternelle ? Examinons donc, successivement, chacun de ces cas.

Dans le premier cas, nous ne voyons pas du tout le tribunal se déjuger, et nommer la mère tutrice, après lui avoir refusé l'exercice de la puissance paternelle. L'on a fait valoir que c'était là une solution théoriquement possible, puisque la tutelle est entourée de certaines garanties (subrogé-tuteur, conseil de famille et hypothèque légale) qui n'existent pas en matière de puissance paternelle. A cela, nous répondrons que toutes les garanties seront illusoires, en face de la mère agissant d'accord avec le père, et sous son influence. Si le tribunal n'a pas jugé la mère digne d'exercer la puissance paternelle, il ne lui confiera pas la tutelle, même dative. Le contraire serait invraisemblable. Mais en serait-il de même dans le second cas : le père venant à mourir après avoir été déchu, la mère pourra-t-elle recouvrer la tutelle, alors qu'elle avait été précédemment écartée de l'exercice de la puissance paternelle ?

Cette hypothèse n'a pas été prévue par le législateur, mais il ne fait pas de doute qu'elle doit être résolue

d'après les principes généraux (1). Or, il n'appartient pas au tribunal d'ajouter de nouvelles causes de déchéance à celles prévues par la loi. Le tribunal peut et doit écarter la mère de l'exercice de la puissance paternelle, toutes les fois qu'il juge qu'elle pourrait subir l'influence de son mari, ce qui serait préjudiciable à l'enfant. Mais, le père décédé, cette cause de suspicion disparaît; le droit commun reprend son empire. Et, comme la mère n'a pas été déchue de la puissance paternelle, elle sera de plein droit tutrice de ses enfants mineurs.

§ 3. — *Absence*

L'absence, dit M. Planiol (2), n'ouvre jamais la tutelle. Et, pour appuyer son opinion, le savant professeur analyse longuement les articles 141 et 142 du Code civil, les seuls relatifs à la question. Mais les deux hypothèses prévues au texte sont :

1° La disparition du père, la mère étant prédécédée (cas visé par l'art. 141) ;

2° Le décès de la mère survenant après la disparition du père (cas visé par l'art. 142).

L'on a répondu à cela que les deux hypothèses prévues par le Code correspondaient toutes les deux à la

1. En notre sens, Aubry et Rau, t. I, § 99, note 1. — Dalloz, *Jur. gén. Supp.* V^o Puissance paternelle, § 64. — Gaston Guerry, *De la Protection des enfants maltraités et moralement abandonnés*, p. 116.

2. *Traité élémentaire de droit civil*, 5^e éd., t. I, p. 570, n^o 1760.

période de présomption d'absence, et nullement à celle de l'absence déclarée par le tribunal. C'est sous le bénéfice de cette distinction, à faire entre les deux situations juridiquement différentes, que d'autres opinions se sont manifestées, et que nous avons été amené à penser que l'absence déclarée du père pouvait donner lieu à ouverture de la tutelle maternelle.

Dans une première opinion, on a soutenu que le conjoint de l'absent, qui était investi de la surveillance et de l'administration légale, conservait le même pouvoir après la déclaration d'absence. Mais sur ce point encore, certains auteurs ont cru devoir faire une sous-distinction. La tutelle ne s'ouvrirait ou non, dans cette hypothèse, que lorsque l'époux présent aurait opté pour la dissolution de la communauté. Car, a-t-on dit (1), par suite de l'option du conjoint présent pour la dissolution de la communauté, la déclaration d'absence produit tous ses effets à peu près comme s'il y avait eu décès et la tutelle s'ouvre.

Enfin, dans une dernière opinion, qui nous paraît la meilleure, il y a lieu de repousser la sous-distinction précédente et de décider d'une façon absolue que la déclaration d'absence du père donne ouverture à la tutelle de la mère. Cette déclaration fait cesser la surveillance exercée par la mère, soit à titre de tutelle provisoire, soit à titre d'administration légale ; et dans ce

1. En ce sens : Marcadé, t. I, sur l'art. 143, n° 507, p. 37 et 372. — Duranton, t. I, n° 517 et 518.

cas l'on organise la tutelle des enfants mineurs conformément aux règles ordinaires insérées dans le Code, au titre de la tutelle. C'est dans ce sens que se décident la grosse majorité des auteurs (1).

§ 4. — *Divorce et séparation de corps*

Il n'y a pas lieu à ouverture de la tutelle au cas de divorce (ou de séparation de corps) prononcé contre le père, au profit de la mère. Le Code civil traite dans les articles 302 et 303 tout ce qui est relatif à la garde et à la contribution des deux époux à l'entretien des enfants ; mais le divorce prononcé contre le père (et quels que puissent être ses torts) n'entraîne pas une sorte de déchéance qui ouvrirait la tutelle. D'ailleurs, même dans l'hypothèse de la déchéance de la puissance paternelle, nous avons précédemment indiqué que la déchéance du père seul a uniquement (2) pour effet de faire passer à la mère l'exercice de la puissance paternelle, et encore au cas où le tribunal croira devoir le lui accorder.

1. Aubry et Rau, t. I, § 961 et note 8, p. 963. — Demolombe, t. I, II, nos 335 et 336. — Dalloz, *Jur. gén.* Absence, V° 570. — Valette sur Proudhon, t. I, p. 311, note. — Demante, t. I, n° 184. — Huc, t. I, n° 419. — Baudry-Lacantinerie et Hugues-Fourcade, t. I, p. 1056 et suiv., n° 1305 et 1306.

2. Il se pourrait cependant que la déchéance de la puissance paternelle puisse être encourue par le père au cas de divorce, mais ce ne pourrait être que pour cause d'ivrognerie, inconduite, etc., toutes causes prévues à l'art. 2 de la loi de 1889, et alors nous retompons dans l'hypothèse de la déchéance déjà indiquée.

§ 5. — *Interdiction judiciaire ou légale*

La tutelle ne s'ouvrira encore pas en faveur de la mère au cas où le père serait frappé, soit d'interdiction judiciaire pour cause d'imbécillité, démence ou fureur, soit d'interdiction légale par suite de condamnations à des peines afflictives et infamantes. La mère, dans cette hypothèse de l'interdiction, pourra être nommée tutrice de son mari (c'est une tutelle dative), mais, vis-à-vis des enfants, elle exercera purement et simplement la puissance paternelle aux lieu et place du père interdit.

§ 6. — *Incapacité physique*

L'impuissance ou l'incapacité physique du père à exercer la puissance paternelle pour cause de maladie ou autrement, a seulement pour effet de faire passer à la mère l'exercice de cette puissance avec l'administration légale. C'est l'opinion de tous les auteurs (1). Mais les avis sont au contraire partagés quand les père et mère sont tous deux dans l'impossibilité physique d'exercer la puissance paternelle. Il y aurait lieu, au dire de certains (2), à l'ouverture d'une tutelle provisoire, et cette tutelle prendrait fin avec le décès de l'un des époux ou

1. Planiol, 5^e édit., t. I, p. 571. — Aubry et Rau, *op. cit.* § 87, note 4, p. 586, et la jurisprudence. — Orléans, 8 août 1817, *Jur. gén.* — Dalloz, *Suppl.* V^o Minorité et tutelle, n^o 156.

2. En ce sens Aubry et Rau, *op. cit.*

son retour à la santé. D'autres auteurs (1) ne partagent pas cet avis, mais nous n'insisterons pas davantage sur ce point, car ceci sort du cadre de notre travail. Nous avons, avec cette dernière question, examiné successivement toutes les causes possibles d'ouverture de la tutelle maternelle; il nous reste à aborder l'étude des diverses particularités de la tutelle de la mère.

DEUXIÈME SECTION

DES PARTICULARITÉS DE LA TUTELLE DÉFÉRÉE À LA MÈRE SURVIVANTE

§ 1. — Nomination par le père d'un conseil de tutelle à la mère

Le législateur français après avoir posé dans l'article 390 du Code civil le principe de l'égalité entre époux, au point de vue de la dévolution de la tutelle légale au survivant des père et mère, apporte une importante dérogation à ce principe dans l'article 391 (2) qui suit.

a) *Origine historique.* — Avant d'indiquer le rôle du « conseil », commençons par rappeler l'origine historique de cette particularité. On la trouve dans l'ancien droit français. Les pays de droit écrit qui admettaient

1. Demolombe, t. VI, n° 451 et t. VII, n° 27. — Laurent, t. IV, n° 363.

2. Art. 391. — *Pourra néanmoins le père nommer, à la mère survivante et tutrice, un conseil spécial sans l'avis duquel elle ne pourra faire aucun acte relatif à la tutelle. Si le père spécifie les actes pour lesquels le conseil sera nommé, la tutrice sera habile à faire les autres sans son assistance.*

pour le père le droit de nommer par testament un tuteur à son enfant, lui reconnaissaient le droit d'enlever la tutelle à la mère ou encore de la lui accorder, mais alors en l'obligeant de se faire toujours assister d'un « conseil » désigné par lui. C'est ce que nous apprend Denisard (1) dans sa *Collection nouvelle* de décisions de jurisprudence.

Et, fait curieux à signaler, le « conseil de tutelle » de l'ancien droit jouait en même temps le rôle du conseil de famille du droit moderne.

b) *Pouvoir propre du père et son étendue.* — Ce droit de nommer un conseil spécial à la mère tutrice est propre au père, et il n'est pas reconnu à la mère un droit semblable vis-à-vis du père survivant. Mais cette faculté se trouve être perdue du moment que le père est déchu de l'exercice de la puissance paternelle. Enfin, s'il peut restreindre les pouvoirs de la mère en tant que tutrice, il ne peut porter aucune atteinte aux droits de la mère quant à l'exercice de la puissance paternelle sur la personne et sur les biens des enfants mineurs ; le père ne

1. « Les sentences qui nomment des tuteurs aux mineurs ou des curateurs aux interdits nomment quelquefois une ou plusieurs personnes pour éclairer de leurs conseils les tuteurs ou curateurs. Ces personnes sont presque toujours ou des magistrats, ou des avocats, ou des procureurs... Ce sont les parents du mineur ou de l'interdit qui indiquent les personnes dont le conseil doit être composé. Si les parents ne sont pas d'accord sur le choix, c'est le juge qui en décide. La nomination du conseil se fait ordinairement par l'acte de tutelle ou par la sentence d'interdiction. Dans les pays de droit écrit, où les père et mère peuvent par testament donner des tuteurs à leurs enfants mineurs, ils peuvent aussi, par testament, nommer des conseils pour aider les tuteurs. » Cf. Planiol, t. I, p. 575, et la note 2 à laquelle nous avons emprunté cette citation.

pourrait pas davantage lui enlever la tutelle, ni modifier les attributions du conseil de famille ou celles du subrogé-tuteur pour les confier à la personne désignée comme conseil (1).

c) *Nomination du conseil*. — C'est à la mère, dit la loi, que le père peut nommer un conseil, et dans son choix il est absolument libre, du moment qu'il désigne une personne capable d'être tuteur (2), même un ascendant du mineur. Mais le père pourra-t-il nommer à la fois plusieurs conseils à la mère, ce qui « serait aussi un vestige des conseils de tutelle » de l'ancien droit? Sur cette question la doctrine est partagée. Nous adoptons, pour notre part, l'opinion de MM. Baudry-Lacantinerie et Cheneaux (3), suivant laquelle une pluralité de conseils de tutelle aurait dans la pratique les résultats les plus détestables par suite des lenteurs et des frais qu'occasionnerait chaque fois la réunion de cette nouvelle assemblée.

Autre question: le père pourrait-il, en prévision du décès de ce conseil, désigner un second conseil chargé de le remplacer et ainsi de suite, et dans tous les cas, par le moyen de cette sorte de substitution graduelle, assurer

1. Demolombe, VII, n° 90. — Huc, III, n° 265. — Arntz, I, n° 698. — Vigé, I, n° 713. — Aubry et Rau, I, § 99 bis, n° 633, 634. — Cheneaux, 3^e édit., IV, n° 327, pp. 400, 401. — Paris, 27 août 1867. S. 1868. 2. 113.

2. Cf. Baudry-Lacantinerie et Cheneaux, t. IV, n° 326, p. 399. — De Fréminville, I, n° 46 — Demolombe, n° 88, t. VII. — Huc, n° 263. — Aubry et Rau, I, § 99 bis, texte et note 7. — Cf. Laurent, IV, n° 378.

3. Baudry et Cheneaux, t. V, n° 325, p. 398. — Demolombe, VII, n° 89. — Cf. Paris, 27 août 1867. S. 1868. 2. 113.

toujours à la mère la présence d'un conseil? Car il ne faut pas l'oublier, le conseil venant à décéder au cours de la tutelle, la mère se trouve affranchie de toutes les restrictions apportées à sa capacité de tutrice; et personne au monde, ni le conseil de famille, ni le tribunal, ne pourrait lui désigner un nouveau conseil. Dans cette hypothèse que nous venons d'envisager, les avis sont encore partagés (1). A notre avis, en l'absence de toute disposition prohibitive, le père peut nommer plusieurs conseils successifs à la mère survivante; c'est encore le meilleur moyen pour lui d'assurer l'exécution de cette disposition de dernière volonté.

d) *Formes de la nomination de ce conseil.* — L'article 392 prévoit deux procédés entre lesquels le père peut librement choisir :

1° *Par acte de dernière volonté*, c'est-à-dire par un acte quelconque, en la forme des testaments, sans cependant qu'il doive contenir aucune disposition relative aux biens;

2° *Par une déclaration faite devant le juge de paix ou devant notaire.* — Examinons brièvement chacun de ces procédés. Le premier n'est pas nécessairement, comme nous l'avons fait remarquer, un testament. De là nous devons tirer les conséquences suivantes : si cette désignation se trouvait insérée dans un testament, nul en tant que testament, mais valable, en tant qu'acte

1. V. en notre sens, Baudry-Lacantinerie et Chéneaux, n° 326, *in fine*, p. 400. — Demolombe, t. VII, n° 88. — En sens contraire, Huc, t. III, n° 263.

notarié ordinaire, la désignation du conseil produira son plein effet. Mais si le testament est nul, même comme acte notarié, la nullité de cet acte entraînera nullité de la nomination du conseil.

Quant à la déclaration faite devant le juge de paix assisté de son greffier, la seule difficulté que l'on rencontre dans l'usage de ce procédé, c'est de savoir si le père ne pourra s'adresser qu'au juge de paix de son domicile ou, au contraire, s'il peut se présenter devant n'importe quel juge de paix. C'est cette dernière conception (1) qui a prévalu avec raison.

Enfin, cette nomination d'un conseil peut être révoquée, dans les mêmes conditions, par le père jusqu'à sa mort, ou il peut revenir sur sa décision par un acte quelconque de dernière volonté, et cette révocation n'est soumise à aucune forme sacramentelle (2) ; elle peut se produire dans les mêmes formes que la nomination du conseil elle-même.

e) *Attributions du conseil spécial.* — Nous savons déjà que c'est au père seul qu'il appartient de nommer un conseil à la mère survivante ; c'est encore à lui seul qu'il appartiendra de déterminer les attributions de ce conseil, dans les limites qui lui sont laissées par la loi, car nous ne devons pas oublier que le père ne peut

1. Aubry et Rau, t. III § 99 bis, note 5, p. 632. — Huc, t. III, n° 261 Demolombe, t. VII, n° 83.

2. En ce sens Demolombe, t. VII, n° 85. — Baudry-Lacantinerie et Cheneaux, t. V, n° 329, p. 398.

porter atteinte à certains droits reconnus à la mère de par la loi. Donc, dans la sphère uniquement des actes d'administration, le père dira quels actes la mère tutrice ne pourra accomplir sans l'assistance de ce conseil. Si le père n'avait pas eu soin de le fixer, la mère ne pourra faire aucun acte (1) sans l'assistance de ce conseil. Maintenant, quand elle lui a demandé son avis, est-elle en règle avec la loi? Pourra-t-elle suivre ou non cet avis? Le rôle du conseil n'est pas un rôle purement consultatif; l'avis qu'il a donné à la mère doit être suivi; c'est donc un véritable consentement (2) qu'il a donné. Seulement ce n'est pas le conseil qui agit, c'est la mère tutrice qui accomplira les actes pour lesquels elle a été autorisée par ce « coadjuteur ». Et quelles que soient les conséquences de l'acte dont s'agit, il y reste totalement étranger : car il n'est pas pas cotuteur solidairement responsable avec le tuteur. C'est pour cette raison que l'on a dénié à un conseil d'accomplir aucun acte direct, même de défendre au nom des mineurs et avec l'assistance du subrogé-tuteur une action intentée contre eux par leur mère (3).

Examinons à présent quelle sera la sanction de ce

1. Cf. ci-dessus p. . — Paris, 28 mars 1887. D. 1887. 2. 166 ; S. 1888. 2. 117. — V. cependant Besançon, 29 juin 1868. D. 68. 2. 203 ; S. 1869. 2. 149. — Cf. Bordeaux, 12 juin 1870. S. 1872. 2. 272.

2. Baudry et Cheneaux, t. V, 327 *in fine*, p. 401. — Huc, t. III, n° 265. — Demolombe, t. VII, n° 92. — Aubry et Rau, t. I, 99 *bis* texte et note. — *Contra* : Zachariæ, t. I § 246, texte et note 3.

3. Douai, 17 janvier 1820. — Dalloz, *Jur. gén.* V° Minorité. Tutelle, n° 90.

défaut d'assistance du conseil dans le cas où elle est requise. Disons tout d'abord que cette assistance n'est pas obligée de se manifester dans des formes sacramentelles ; elle peut être donnée tacitement, ou encore expressément ; quand le conseil est présent à côté de la tutrice, par la mention qui en est faite dans l'acte avec l'expression de son avis, et en cas d'absence, s'il ne s'agit pas d'un acte sous seing privé, il faudrait un mandat authentique. A propos du défaut d'assistance de la part du conseil de tutelle et de la sanction qui en résulterait, diverses opinions ont été produites. La solution la plus généralement admise (1) en doctrine et en jurisprudence est que l'acte accompli par la mère est nul à l'égard des tiers. L'on a justifié cette solution en s'appuyant sur les termes prohibitifs de l'article 391 du Code civil *sans l'avis duquel elle ne pourra faire aucun acte relatif à la tutelle*, etc. Et, dans l'une ou l'autre des deux hypothèses prévues à ce texte, du moment que la mère n'était pas habile à accomplir un des actes dont s'agit, l'on reconnaît au mineur le droit de demander la nullité de l'acte accompli par la mère non autorisée, et bien entendu quand cet acte lui aura été préjudiciable. Mais, l'on a encore été plus loin et l'on a admis que la mère elle-même (2) pourrait invoquer cette nullité.

1. Baudry et Cheneaux, t. V, n° 328, p. 401. — Aubry et Rau, t. I, § 99 *bis* texte et note 17. — Demolombe, *loc. cit.* — Huc, t. III, n° 206. — Pau, 28 mars 1887. D. 87. 2. 166 ; S. 88. 2. 117.

2. Aix, 31 mars 1840. — Dalloz, *Jur. gén.* Vo Minorité. Tutelle, n° 91. S. 1840. 2. 303.

Cependant, d'autres auteurs (1), effrayés en quelque sorte des conséquences de leur propre théorie, ont cru devoir indiquer un tempérament à la rigueur de la règle en vertu de laquelle tout acte accompli par la mère, sans l'assistance du conseil, peut être annulé. L'on a fait remarquer qu'il fallait distinguer entre les actes que la mère aurait pu accomplir seule (comme une tutrice ordinaire) si elle n'avait un conseil, et les actes pour lesquels il lui faut l'autorisation du conseil de famille, et même encore ceux qui requièrent, outre l'autorisation du conseil de famille, l'homologation du tribunal. Dans ces différentes hypothèses, a-t-on fait valoir, l'inexpérience des affaires de la mère, qui ne serait pas couverte quand elle agirait dans le premier cas seule, sans l'assistance du conseil ; est suffisamment protégée quand elle a la garantie du conseil de famille et du tribunal. Et quelles garanties lui offrir de plus, disent les partisans de ce système plus atténué, aux auteurs (2) qui maintiennent le système de la nullité complète.

Un autre empêchement à la règle de la nullité a été encore présenté, et l'on se base sur le fait que les tiers n'avaient pu avoir connaissance de l'existence de ce conseil qui n'était pas notoire. Et dans une semblable situation, l'on a dit (3) que le mineur n'aurait droit qu'à

1. Aubry et Rau, t. I, § 99 *bis*, texte et note 19.

2. Baudry et Cheneaux, t. V, n° 328, p. 403. — Planiol, t. I, p. 595, n° 1854. — Demolombe, t. VII, n° 95.

3. Aubry et Rau, t. I, § 99 *bis*, texte et note 18, p. 636. — Delvincourt, t. I, p. 270. — Valette sur Proudhon, t. II, p. 226, note 3. — Duvergier sur Toullier, t. I, n° 1097, note a.

une indemnité contre sa mère et que l'acte resterait valable vis-à-vis des tiers, car *error communis facit jus*. Mais nous devons écarter de suite cette opinion. L'on a fait valoir, en effet, dans cette opinion le défaut de publicité qui a accompagné la nomination du conseil de tutelle. Car ici la loi n'ayant prescrit aucune mesure de publicité, dans l'intérêt des tiers, l'interprète ne peut suppléer au silence du législateur. Et, comme le font remarquer avec juste raison MM. Baudry-Lacantinerie et Cheneaux: « Ce n'est pas le seul cas dans lequel le législateur a sacrifié les droits des tiers. » Il appartient à ces tiers de se renseigner et de ne traiter qu'à bon escient avec la mère tutrice (2). Leur situation n'est pas pire que celle des personnes ayant contracté avec un mineur émancipé dont l'émancipation aurait été révoquée à leur insu (art. 485 et 486 C. civ.). Quant au recours en dommages-intérêts que dans ce système l'on accorde au mineur contre sa mère, il sera le plus souvent illusoire, car, ou la mère est insolvable, et le mineur ne peut rien retirer de son recours, ou elle a un patrimoine suffisant et, dans ce cas, l'enfant qui est héritier présomptif de sa mère, exerce son propre recours, en quelque sorte, contre lui-même.

De la responsabilité du conseil de tutelle. — A première vue il semblerait qu'une telle question ne doive pas être envisagée, puisque le « conseil » ne fait que don-

1. Baudry et Cheneaux, t. V, n° 328, p. 403. — Magnier, *Des Minorités*, t. I, n°s 447 à 449. — De Fréminville, *Traité de la minorité et de la tutelle*, t. I, n° 43. — Demolombe, t. VII, n°s 98 et 99.

ner son avis et n'a aucune initiative. Cependant, l'on n'est pas seulement responsable de son fait, on l'est aussi parfois de son abstention, et, quand ce ne serait qu'à ce dernier point de vue, l'on voit que la question mérite de retenir notre attention. Nous rencontrons ici trois systèmes différents. Dans une première opinion, l'on a dit, appliquant la maxime *nemo ex concilio tenetur*, que le conseil ne pouvait encourir aucune responsabilité (1). Dans un second système (2) tout opposé, l'on a comparé le rôle du conseil à celui d'un mandataire, et l'on a voulu lui appliquer les règles du mandat, en l'espèce le rendre responsable de ses fautes même très légères. Enfin, dans un dernier système (3), qui nous paraît plus acceptable, il y a lieu de distinguer : le conseil ne saurait être tenu responsable uniquement par suite de l'avis qu'il a donné ; mais il doit remplir consciencieusement la mission qu'il a acceptée. Dans ces conditions, il devrait être responsable, si, par sa négligence, par son retard à donner son avis ou, à plus forte raison, par fraude ou par dol, il avait compromis la fortune du mineur. C'est ce que certains auteurs (4) assimilent à la responsabilité des membres du conseil de famille.

1. En ce sens : de Fréminville, *op. cit.*, t. I, n° 39. — Marcadé, sur l'article 391. — Delvincourt, t. I, p. 270.

2. En ce sens Demolombe, t. VII, n° 102. — Beudant, t. II, n° 815. — Valette sur Proudhon, t. II, p. 228, obs. IV.

3. Laurent, t. IV, n° 383. — Aubry et Rau, t. I, § 99 *bis*, note 16.

4. Huc, t. III, n° 263-6°. — Baudry, t. V, n° 330, p. 405. — Vigier, t. I, n° 717. — Demante, t. II, n° 140 *bis*, III,

g. — *Voies de recours et destitution du conseil de tutelle.* — Le législateur, qui à d'autres titres du code a su prévoir des conflits et en régler la solution (exemple : la femme et le mari en cas de refus d'autorisation maritale) s'est borné en quelque sorte à poser en deux articles 391 et 392, le principe du conseil spécial nommé à la mère. Aussi, quand un conflit s'élève entre la mère tutrice et le conseil — ce qui est facile à prévoir — les auteurs sont fort embarrassés pour le résoudre. Et nous nous trouvons encore en présence d'au moins trois systèmes également fondés en droit.

Dans une première opinion (1), qui a pour elle la logique du droit plus que celle des faits, la mère doit s'abstenir d'agir au cas où le conseil et elle sont d'avis opposés.

Mais, il est des actes qui doivent nécessairement être accomplis, tels qu'un bail, un placement de capital. Aussi, en ce cas de refus du conseil, que faire ? Dans des hypothèses de ce genre, la plupart des auteurs décident (2) qu'en cas de refus de la part du conseil, la mère peut s'adresser au conseil de famille pour être autorisée à passer l'acte dont s'agit. Et, ce ne serait qu'au cas de refus du conseil de famille que la mère aurait à en saisir le tribunal.

1. Demolombe, t. VII, n° 95. — Vigié, t. I, n° 716 et 717. — Aubry et Rau, t. I, § 96 texte et note 8 et 9, p. 617 et § 99 bis, texte et note 13 et 14, p. 634 et 635.

2. Planiol, t. I, n° 1854, p. 595. — Chardon, *Traité des trois puissances, paternelle, maritale et tutélaire*, n° 11.

D'autres auteurs (1), au contraire, soutiennent que c'est le tribunal que la mère doit aussitôt saisir de ce différend. A notre avis, c'est la solution la plus correcte et la plus capable de sauvegarder les intérêts du pupille. C'est justement le rôle des tribunaux de départager les gens en cas de conflit. Si l'on se fonde sur le silence de la loi pour refuser au tribunal un semblable droit, l'on ne tarde pas à tomber dans un étrange excès, car après avoir refusé au tribunal le pouvoir de trancher le conflit entre la mère et le conseil, à l'occasion d'un acte déterminé, on lui reconnaît le droit de destituer le conseil qui s'est refusé à la passation de cet acte. Et, ne voit-on pas que le tribunal, qui a pu destituer ce conseil et qui ne pourra pas en nommer un autre (c'est également notre avis), va enlever au mineur une garantie que la loi permettait au père de lui donner, grâce à ce conseil placé à côté de sa mère. Nous dénions au tribunal le droit de destituer le conseil aussi facilement; c'est une mesure très grave qui ne pourrait être prise qu'à la suite d'abus répétés et d'actes tout à fait répréhensibles chez le conseil.

C'est encore une mesure dernière que le tribunal — dans le système que nous adoptons — ne pourra prendre qu'à défaut de tous autres moyens. Mais, auparavant, quand il s'agira d'un seul refus, insuffisamment justifié, le tribunal autorisera (2) la mère à passer outre au

1. En ce sens Marcadé sur l'art. 391, n° 1. — Laurent, t. IV, n° 380. — Cf. Huc, t. III, n° 265.

2. En sens contraire Baudry-Lacantinerie et Cheneaux, t. V, n° 329, p. 403 et 404.

refus du conseil, au plus grand profit des intérêts du mineur.

h) *Cessation des fonctions du conseil de tutelle.* — Le père, en désignant le conseil, a pu avoir déclaré, dans l'acte même de nomination, que c'était à terme (extinctif) ou sous condition (résolutoire) ; et l'arrivée du terme ou de la condition stipulés mettra fin aux fonctions du conseil. La mort du conseil, comme celle du mineur, ou encore de la mère, mettrait également fin à la mission conférée à ce conseil. Quant à la destitution du conseil, elle ne fait pas de doute au cas où il serait indigne ou incapable, puisque le tuteur testamentaire lui-même peut être destitué (1). Reste une hypothèse beaucoup plus délicate à solutionner ; c'est celle où la mère viendrait à se remarier, en ayant soin d'en aviser le conseil de famille et où elle conserverait la tutelle. Son nouveau mari serait cotuteur et solidairement responsable avec elle de tous ses actes et, dans un cas de ce genre, l'on s'est demandé s'il n'y avait pas lieu de considérer qu'il y avait incompatibilité dans l'exercice, par le mari de la cotutelle, en présence du conseil qui resterait à côté de sa femme. N'y aurait-il pas là une source perpétuelle de conflits et ne vaudrait-il pas mieux faire cesser les fonctions du conseil (2) ? Nous avouons

1. Demolombe, t. VII, n° 104. — Baudry et Cheneaux, t. V, n° 331, p. 405.

2. C'est cette pensée qu'exprime Chardon (*Puissance tutélaire*, t. III, n° 10, p. 7) : « Cette femme ne peut pas rester asservie en même temps aux avis du conseil et à l'obéissance qu'elle doit à son mari. D'ailleurs,

que cette solution nous paraît on ne peut plus raisonnable. Si le nouveau mari n'inspire pas au conseil de famille une confiance suffisante, l'on ne doit pas conserver la tutelle à la mère. Mais, si le conseil de famille la lui conserve, il devrait pouvoir mettre fin aux fonctions du conseil de tutelle. C'est là une solution parfaitement logique et qui cadre, dans une certaine mesure, avec l'état actuel des esprits. Mais devant le silence (1) de la loi, et dans la crainte d'enlever au mineur une garantie de plus, il vaut mieux laisser le conseil de tutelle en fonction. Et c'est justement dans une hypothèse de ce genre, que la nécessité se fera sentir d'un recours devant le tribunal au cas où le conseil et la mère (assistée de son nouveau mari) ne s'entendraient pas pour la passation d'un acte quelconque.

ou le conseil serait toujours du même avis que le mari, et dans ce cas il serait inutile, ou il se trouverait en opposition, et la volonté du mari devrait l'emporter, puisqu'il est responsable, et que le conseil ne l'est pas. »

I. La question que nous avons abordée dans le texte mérite de recevoir une solution en législation.

Signalons les deux tendances qui se sont manifestées ; l'une a déjà pris corps sous forme d'une proposition de loi présentée par M. Marc Réville à la Chambre des députés, en vue de modifier l'article 391 du Code civil. M. Réville voudrait étendre à la mère le droit que possède le père de nommer un conseil au conjoint survivant.

V. Documents parlementaires. Chambre, 1905, p. 307. L'autre tendance, au contraire, celle des féministes, n'est pas de demander l'égalité à ce point de vue entre les époux, mais de supprimer cette institution du conseil de tutelle comme inutile et même parfois nuisible aux intérêts du mineur (V. Charment, *Compte rendu du II^e Congrès international des œuvres et institutions féminines*, t. I, p. 226 et 227 et t. II, p. 752 et suiv.).

§ 2. — Nomination d'un curateur au ventre

A. — *Cas de nomination d'un curateur au ventre.* — L'article 393 qui régit cette matière a été inspiré du droit romain et de la jurisprudence de l'ancien régime. Cet article vise l'hypothèse où le mari vient à décéder laissant sa femme enceinte, et alors le rôle du curateur est de veiller aux intérêts de l'enfant à naître et en général de sauvegarder les droits de toutes les personnes qui pourraient prétendre, à un titre quelconque, à la succession du prédécédé. Il devra s'efforcer de déjouer les diverses fraudes toujours possibles en cette hypothèse.

Les plus courantes de ces fraudes sont : a) *la suppression de part* (du latin *partus*, de *partiri*, enfanter) ; b) *la suppression de part* et c) *la substitution de part*.

a) *La suppression de part* consisterait pour une veuve, instituée légataire universelle, à faire disparaître son enfant, *supprimer son part*, et à déclarer qu'elle n'a jamais accouché, ou qu'elle a mis au monde un enfant mort-né ou déclaré non viable.

C'est là un fait que l'on peut à peine imaginer, et qui, fort heureusement, est on ne peut plus rare ;

b) *La supposition de part*, qui n'a rien d'horrible comme l'autre hypothèse, consiste dans la supposition d'un enfantement qui, en réalité, ne s'est jamais produit. La femme restée veuve, et qui n'avait reçu aucune libéralité entre vifs ou testamentaire de son conjoint,

pouvait se laisser d'autant plus aller à cette supercherie, qu'avant la loi de 1891, le conjoint survivant n'avait pas un droit d'usufruit sur les biens de l'époux prédécédé ;

c) *La substitution de part*, dernière fraude que nous examinerons, est le fait de substituer un enfant à un autre. Elle aurait pour résultat de permettre à la femme, qui a mis au monde un enfant mort-né ou déclaré non viable, de fixer définitivement sur le tête d'un nouvel enfant une fortune peut-être considérable, et dont la mère aura la jouissance légale jusqu'à l'âge de dix-huit ans chez l'enfant, avec la possibilité même pour elle d'en hériter au cas de son prédécès. Le curateur au ventre aura à déjouer ces diverses fraudes. Mais ce curateur dont nous venons de définir ainsi le rôle est-il nommé, dans toute hypothèse, dans laquelle un homme meurt laissant une femme enceinte ?

Nous nous trouvons ici en présence de doctrines opposées.

D'après une première opinion, la loi ne faisant pas de distinction, il y aurait lieu à nomination d'un curateur au ventre, alors même qu'il y aurait déjà d'autres enfants du même lit, frères ou sœurs vivants de l'enfant à naître. Il est évident que, en pareil cas, la nécessité de frauder ne se fait pas trop sentir.

Mais certains auteurs (1) ont fait remarquer qu'elle

1. Aubry et Rau (t. I, § 136, texte et note 5, p. 858) prévoient que « lorsque les enfants sont majeurs ou émancipés, la nomination d'un curateur au ventre peut être indispensable pour garantir les intérêts de

était encore possible, car la mère aurait intérêt par une supposition de part à prolonger son droit d'usufruit sur les biens attribués à cet enfant posthume, ou encore par une suppression de part à diminuer le montant de la réduction dont elle est menacée comme légataire universelle du mari (1).

Mais suivant une autre opinion (2), on ne doit pas nommer de curateur à la mère lorsque à la mort du père il y a des enfants qui lui succèdent, et d'après cette théorie il n'y a pas lieu de distinguer si ces enfants sont encore majeurs, mineurs ou émancipés.

B. — *Qui peut demander la nomination du curateur au ventre.* — On a dit (3), qu'il suffisait que la mère fasse sa déclaration de grossesse pour qu'il y ait lieu de procéder à la nomination du curateur. Le droit des parents du défunt à la dévolution de ses biens se trouve être suspendu. Et, en l'absence même de toute demande de nomination de la part de la mère, cette nomination pourrait encore avoir lieu, car certains auteurs (4) admettent que tout intéressé a qualité pour le demander. Le

l'enfant à naître contre des recelés ou des dilapidations de la part de ceux qui se mettraient en possession de la succession, et pour le prémunir contre toute collusion frauduleuse entre la femme et les héritiers du mari, dans le but de supprimer son état.

1. Demolombe, t. VII, n° 63. — Merlin, *Répertoire*. V° Curateur au ventre, § 9.

2. Les deux hypothèses indiquées au texte sont celles données comme exemple par MM. Baudry et Chéneaux, *op.cit.*, n° 407 et 408. — V. également en ce sens Demolombe, t. VII, n° 71 à 73. — Huc, t. III, n° 270.

3. Duranton, t. III, n° 429. — Laurent, t. IV, n° 394.

4. En ce sens Massé et Vergé zur Zachariæ, t. I, p. 482, n. 3.

juge de paix, dans ce système, pourrait d'office convoquer le conseil de famille à l'effet d'y procéder.

C. — *Qui nomme le curateur.* — La nomination du curateur doit être faite par le conseil de famille. Et, aux termes de l'article 393 alinéa 2, le curateur devient de plein droit subrogé-tuteur à la naissance de l'enfant, tandis que la mère reçoit la tutelle. Cependant, dans le cas où il y aurait d'autres enfants mineurs, c'est leur subrogé-tuteur qui serait curateur au ventre et deviendrait de plein droit subrogé-tuteur (1) de l'enfant posthume.

Quant à la mère, elle ne peut concourir à la nomination du curateur au ventre, car ce curateur est le futur subrogé-tuteur (art. 423 C. civil) (2).

D. — *Qui peut être désigné comme curateur?* — Pour répondre à cette question, nous nous baserons toujours sur l'article 423 du Code civil relatif au subrogé-tuteur. Or, le Code décide que, hors le cas de frères germains, le subrogé-tuteur doit être pris parmi les parents de la ligne à laquelle n'appartient pas le tuteur. Le curateur au ventre devra donc être choisi parmi les parents paternels du mineur.

E. — *Attributions du curateur au ventre.* — Le Code n'a pas déterminé les attributions du curateur au ventre. L'article 393 ne contient aucune indication sur

1. Aubry et Rau, t. I, § 136, p. 860.

2. Art. 423. — En aucun cas le tuteur ne votera pour la nomination du subrogé-tuteur, lequel sera pris, hors le cas des frères germains dans celle des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartiendra point.

ce point ; il prévoit simplement la nomination d'un curateur à la femme survivante enceinte. Il appartient à la doctrine et à la jurisprudence de déterminer les pouvoirs de ce curateur en se basant sur la tradition. Mais ici, à quelle tradition doit-on remonter ? à celle du droit révolutionnaire ou bien plutôt à l'ancien droit et au droit romain ? Indiquons tout d'abord, pour l'écarter de suite, quel était le système du droit de la Révolution. Le Code de la convention (1), rompant avec les pratiques anciennes courantes en droit romain (2), et même quelque peu usitées dans l'ancien droit français, avait décidé que la femme enceinte, lors du décès de son mari, était tutrice de l'enfant à naître, mais qu'elle devait provoquer dans le mois du décès du mari la nomination d'un subrogé-tuteur. Les rédacteurs du Code civil sont revenus aux usages anciens, en reprenant même le terme de *curateur au ventre* qu'ils substituent à celui de *curateur de l'enfant à naître* que le projet (3) du Code civil avait déjà admis.

Mais, si le Code n'a pas maintenu le système du droit révolutionnaire, cela ne veut pas dire qu'il ait repris à son compte toute la conception romaine ancienne sur les attributions dévolues au curateur au ventre. En effet, l'on admet que le curateur français moderne est

1. Liv. I, tit. VIII, art. 8.

2. V. Digeste : « De inspiciendo ventre custodiendique partu », lib. XXV, tit. IV ; « de ventre in possessionem mittendo », lib. XXXVII, tit. IX L. XX. Sur la nomination de matrones et leur droit de visite.

3. Voir Locré, t. VII, p. 99 et 159.

curator bonis et ventri datur (1), avec toutefois des égards et des ménagements que ne connaissait pas la loi romaine, si méticuleuse, et dont les prescriptions étaient si humiliantes pour la veuve. C'est aux tribunaux qu'il appartient de départager le curateur et la femme en cas de conflit (2), et encore de prescrire toutes les mesures qu'ils jugeront nécessaires, voire la visite s'il existe de graves présomptions de fraude. Si le rôle du curateur est purement moral, en ce qui concerne la mère, il n'en est plus ainsi, quand il s'agit de la protection des intérêts pécuniaires de l'enfant à naître. Le curateur au ventre doit avoir l'administration des biens. Ceci est conforme au droit romain et à l'ancien droit français (3). En principe, il doit faire seulement les actes conservatoires et les actes d'administration provisoire, tels le renouvellement des inscriptions hypothécaires, une interruption de la prescription, recevoir un capital mobilier et en donner décharge, etc. (4). Au point de vue des actes de disposition qu'il y a lieu d'accomplir et qui sont d'extrême urgence, l'on n'est pas d'accord sur la procédure à employer. Un grand nombre d'auteurs

1. Digeste, liv. XXV, tit. I, fig. 18.

2. Toullier, t. II, n° 1100. — Duranton, t. III, n° 430. — Demolombe, n° 58 à 61. — Huc, liv. III, n° 269. — Aubry et Rau, liv. I § 136, texte et notes 6 et 10.

3. V. nouveau Denisart, t. V. Vo Curatelle, § 8, nos 1 et 2. « On nomme un curateur qui est chargé d'agir pour le posthume et en son nom et de défendre ses intérêts de quelque manière que ce soit. » V. aussi Pothier, *Des personnes*, tit. VI, sect. II, art. 31.

4. Demolombe, t. VII, n° 52. — Baudry et Cheneaux, t. V, n° 334, p. 409 *in fine*.

décident qu'il y a lieu, en pareil cas, d'observer les conditions imposées au tuteur (1). D'autres (2), qu'il faut ajourner l'accomplissement de l'acte, car il ne peut être accompli dans les formes prévues par la loi. Tel, par exemple, défendre à une action en partage. L'absence d'un subrogé-tuteur empêche de remplir toutes les formalités légales. Enfin les biens du curateur ne sont pas grevés d'une hypothèque légale, alors même qu'il aurait à rendre compte de sa gestion. Comme l'on voit, ce n'est pas au tuteur que l'on peut le comparer. Le curateur au ventre joue, dit avec raison M. Planiol, un rôle analogue à celui du curateur à succession vacante. L'on ne sait pas encore, dans l'attente de la naissance, à qui iront les biens ; on en confie la gestion à une tierce personne.

§ 3. — Faculté accordée à la mère de refuser la tutelle

Comme nous l'avons déjà étudié, à la dissolution du mariage survenue par la mort de l'un des époux (4) la tutelle revient de plein droit à l'autre. A ce point de vue, il y a égalité complète entre les père et mère, Cependant le père pourra, dans des cas déterminés par la loi, faire valoir les excuses qui le feront décharger

1. Aubry et Rau, t. I, § 136, textes et notes 7 et 8. — Laurent, t. IV, n° 395. — Huc, t. III, n° 271.

4. Dalloz, *Jur. gén.* V° Minorité, n° 132.

2. V. pour les autres cas, ce que nous avons dit dans notre section I.
« Des causes possibles d'ouverture de la tutelle ».

de la tutelle (1). Et si l'égalité dont nous avons posé le principe entre les deux époux, au point de vue de l'ouverture de la tutelle légale, si cette égalité était complète, il aurait été tout naturel de reconnaître à la mère le droit de se faire excuser dans les mêmes conditions que le père. Cependant, tel n'est pas le principe de l'article 394 que nous allons étudier. Nous allons encore nous trouver en présence d'une particularité qui n'est même pas inhérente au sexe, comme l'est dans une certaine mesure celle du curateur au ventre, mais qui découle de l'antique conception (2) de la *debilitas sexus*. Il était naturel d'admettre que la femme pût invoquer son inexpérience des affaires pour se faire dispenser de la tutelle, puisque le Code français contient encore de nombreuses traces de l'inégalité des sexes devant la loi. Alors, peut-on se demander, la tutelle de la mère survivante perd son caractère légale et impératif; ce n'est donc plus qu'une tutelle facultative, puisqu'il dépend de sa seule volonté d'être tutrice ou de refuser la tutelle? Si l'on voulait tirer une telle interprétation de la combinaison des articles 390 et 394, l'on arriverait, en effet, à nier le caractère légal et obligatoire de la tutelle de l'époux survivant en ce qui concerne la mère; or, cela n'est pas. Nous devons reconnaître que la mère est tutrice de plein droit à la mort

1. V. au Code la section VI: « Des causes qui dispensent de la tutelle » art. 427 et suiv.

2. Nous verrons plus loin qu'il n'en est plus de même, à propos de la mère naturelle, depuis la loi du 2 juillet 1907.

du père par la seule force de la loi, sans qu'il soit nécessaire pour elle d'accepter cette tutelle. Mais, en refusant cette charge, comme la loi lui en laisse la faveur, son refus produira un effet rétroactif jusqu'au jour où la tutelle s'ouvrirait pour elle. Cependant, quoique la mère n'accepte pas, elle ne sera pas moins tenue d'administrer le patrimoine du pupille en attendant la désignation du tuteur définitif. Enfin, toujours dans l'hypothèse du refus, ses biens ne sont pas grevés de l'hypothèque légale ordinaire de l'article 2121 (1) du Code civil, c'est au conseil de famille que la mère devra faire connaître son refus d'accepter la tutelle, en même temps qu'elle l'invite à désigner un tuteur. Le conseil de famille a-t-il qualité pour apprécier si les motifs donnés par la mère sont valables. « Réuni à la réquisition de la mère, il (ce conseil) doit en effet procéder à la nomination d'un tuteur. Il est bien certain que le conseil ne peut pas imposer à la mère les fonctions de tutrice. S'il en était autrement, la faveur que la loi a accordée à celle-ci serait absolument illusoire » (2).

Maintenant, envisageons une dernière hypothèse, celle où la mère après avoir accepté la tutelle voudrait s'en démettre en invoquant en sa faveur la faculté que lui laisse l'article 394 du Code. Nous nous trouvons ici en présence de deux théories tout à fait opposées. L'opinion la plus répandue (3) est que la mère ne pourrait

1. Demolombe, VII, n° 108.

2. Baudy et Cheneaux, t. V, n° 336 *in fine*, p. 412.

3. Duranton, t. III, n° 423. — Valette sur Proudhon, t. II, p. 289.
— Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, § 207, note 23. — Demolombe,

se démettre de la tutelle du moment qu'elle l'a acceptée très régulièrement. L'on a fait valoir que si l'on admettait le contraire, la tutelle légale ne pourrait plus avoir ce caractère de tutelle légale et obligatoire que lui a conféré la loi. Or, a-t-on dit, en matière de tutelle légale, le principe est la fixité ; ce n'est que par suite d'une dérogation expresse et toute particulière que la mère a été admise à décliner une charge qui lui était dévolue de plein droit.

L'opinion adverse (1) répond que le Code a donné à la mère la faculté de décliner cette charge dans le seul intérêt du mineur, lorsqu'elle se sent incapable d'aller jusqu'au bout. Comme elle ne peut pas invoquer d'excuse, c'est le refus seul qui reste à sa disposition ; et ne pas lui reconnaître le droit de se retirer, ce serait peut-être porter le plus grave des préjudices aux intérêts du mineur qu'il s'agit justement de protéger. Pour notre part, nous nous rallions à la première théorie que nous considérons comme étant plus conforme aux faits et aux idées de la vie moderne.

Nous devons considérer, de plus en plus, que c'est la capacité, et non l'incapacité de la femme, qui est la règle, et en l'absence d'une disposition contraire et impérative de la loi, soumettre toujours la femme au droit commun.

t. VII, n° 111. — Arntz, t. I, n° 694. — Aubry et Rau, t. I, § 99 bis, texte et note 2. — Vigie, t. I, n° 710. — Trib. Seine, 2 novembre 1895. S. 1896. 2. 116.

1. Zachariæ, t. I, § 207, note 23. — Laurent, t. IV, n° 376. — Huc, n° 273. — Surville, t. I, n° 411.

§ 4. — Des effets du convol de la mère sur sa
capacité tutélaire

Nous nous trouvons ici en présence d'une inégalité de traitement, due en grande partie à l'influence qu'exerça l'ancien droit sur les rédacteurs du Code civil. En étudiant l'ancien droit français, nous avons constaté que la mère, qui convolait en secondes noces, perdait la tutelle. C'est cette différence que le Code civil a maintenue, en partie, en décidant que le père pourra se remarier sans consulter le conseil de famille, tandis que la mère qui contracterait une nouvelle union, dans les mêmes conditions, serait déchue de plein droit de la tutelle légale. Au cours de la discussion des articles 395 et 396, au sein du Conseil d'État, certains rédacteurs (1) ne craignirent pas de proposer un traitement égal pour les deux époux : le père comme la mère qui se remarierait, serait tenu de soumettre à la famille son projet de mariage. « Car un second mariage, disait Tronchet (2), peut faire douter aussi de l'affection du père..., tel serait le cas où un homme opulent épouserait sa servante. » Mais toutes ces raisons ne convainquirent point les partisans de la solution traditionnelle. La mère qui se remarierait devait au préalable en aviser le conseil de famille, et même elle perdait son droit de jouissance

1. V. Locré, t. VIII, p. 171 à 175, pour la discussion de cette question.

2. Locré, t. VII, p. 171, n° 13.

légale sur les biens de ses enfants mineurs. Ce dernier point a été heureusement modifié par la loi du 21 février 1906 (1) qui met le père et la mère remariée sur le même pied d'égalité, quant au droit à la jouissance légale des biens de leurs enfants mineurs, mais le mariage de la mère continue toujours d'être, aux yeux du législateur, le signe d'un défaut d'affection pour ses enfants; de là des conséquences diverses dont les unes sont visées par les articles 395 et 396 précités et les autres prévues aux articles 399 et 400 du Code, car, nous le verrons, les effets du convol de la mère se font sentir sur sa capacité tutélaire, et en matière de tutelle légale, et en matière de tutelle testamentaire.

Nous diviserons donc notre paragraphe en deux parties : la première consacrée exclusivement à la tutelle légale, la seconde à l'étude des restrictions que la loi apporte au pouvoir que possède la mère survivante, remariée, de nommer un tuteur testamentaire à ses enfants mineurs.

I. — Effets du convol de la mère sur sa capacité à exercer la tutelle légale dévolue au conjoint survivant

A. — De l'obligation imposée à la mère de convoquer le conseil de famille. — Aux termes de l'article 395, la mère

1. Art. 386 (ancien texte). — Cette jouissance n'aura pas lieu au profit de celui des père et mère en cas de nouveau mariage.

Art. 386 (nouveau texte, loi du 21 février 1906). — Cette jouissance n'aura pas lieu au profit de celui des père et mère contre lequel le divorce aura été prononcé.

tutrice qui veut se remarier doit convoquer le conseil de famille avant de laisser procéder à la célébration du mariage. Tout d'abord, comment interpréter cette obligation ? Les auteurs (1) et la jurisprudence (2) sont unanimes à reconnaître que l'esprit de la loi est suffisamment respecté, quand la mère a convoqué le conseil de famille avant la célébration de son mariage ; elle n'est pas forcée de surseoir à la cérémonie jusqu'au moment où le conseil de famille en aura délibéré.

Cette obligation est imposée à toute femme mariée tutrice, se trouvant dans les conditions énoncées en l'article 395. C'est ainsi que, par application de cet article, il a été décidé (3) qu'une femme divorcée et remariée, dont le premier mari viendrait à mourir, aurait à se conformer à ces prescriptions pour exercer la tutelle légale concurremment avec son second mari sur les enfants du premier lit ; autrement dit, elle devrait convoquer le conseil de famille, comme au cas d'une veuve se remariant, à l'effet de savoir si la tutelle lui sera ou non confiée,

Enfin, cette obligation est d'ordre public ; le père dans son testament ne pourrait déclarer valablement que la tutelle serait maintenue (4) à sa femme même au cas de

1. Baudry et Cheneaux, t. V, n° 413 et la note 2.

2. Montpellier, 14 mai 1883, *Jur. gén.* — Dalloz, *Supp.* V° cit., no 77 ; S. 1885.2.50.

3. Paris, 4 décembre 1807, *Jur. gén.* — Dalloz, *Minorité. Tutelle*, 116, p. 659 et n. 1.

4. Cf. la décision rendue en des circonstances tout à fait identiques C. cass. Naples, 3 fév. 1883, *Jur. gén. supp.* — Dalloz, *Minorité Tutelle*, 76.

convol sans qu'elle ait à s'adresser au conseil de famille pour obtenir ce maintien.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE

Le conseil convoqué enlève la tutelle à la mère

Supposons que le conseil de famille convoqué par les soins de la mère ait jugé nécessaire de lui enlever la tutelle. Devra-t-il motiver sa décision ? Il est certain que le conseil ne pourra prendre une semblable décision que pour des motifs graves, mais il n'est pas forcé, at-on dit (1), de motiver sa décision, car notre cas ne rentre pas dans celui prévu par l'article 447 (2).

Cependant, nous ne croyons pas devoir accepter cette solution, car tout se tient : si nous admettons que le conseil de famille n'a pas à motiver sa décision, c'est lui reconnaître un pouvoir souverain d'appréciation, et, par conséquent, dire que sa décision n'est susceptible d'aucun recours. Or, il nous semble que le conseil de famille, composé de personnes peut-être hostiles au second mariage, pourrait se laisser aller à exercer des sortes de représailles, en face desquelles la mère et son second mari seraient désarmés. La question de savoir si la décision du conseil de famille doit être motivée nous

1. Baudry et Cheneaux, V^e n^o 339, p. 414.

2. Art. 447. — Toute délibération du conseil de famille, qui prononcera l'exclusion ou la destitution du tuteur sera motivée et ne pourra être prise qu'après avoir appelé ou entendu le tuteur.

paraît être liée à celle du recours possible contre cette décision, et nous paraît devoir être résolue de la même façon pour nous, par l'affirmative. Nous reconnaissons que cette question est très controversée. Deux (1) grands courants opposés partagent également la jurisprudence et la doctrine, sans compter quelques opinions isolées d'auteurs présentant des sous distinctions (2) sur la question. Sans entrer dans l'examen approfondi de cette controverse qui est du domaine du conseil de famille plutôt qu'ayant trait spécialement à la question du convoi de la mère nous nous bornerons à résumer les principaux arguments invoqués de part et d'autre.

Dans un premier système (3), l'on dit que le recours devant les tribunaux est toujours possible (4) car tel est

1. V. dans les deux sens : I. — Demolombe, t. VII, n° 140. — Vigié, t. I, n° 718. — Aubry et Rau, t. I, § 96, texte et note 13 ; § 99 bis, note 23. — Grenoble, 18 janv. 1854. D. 1856. 2. 55 ; S. 1855. 2. 737. — Angers, 4 nov. 1885, D. 1876. 2. 31 ; S. 1896. 2. 168. — Trib. de Rouen, 2 juin 1891 et Rouen, 27 juillet 1891, *Jur. gén. supp.* V° Minorité, n° 170. S. 1892. 2. 53. — Cass., 23 juin 1902. D. 02. 1. 347 ; S. 02. 1. 385 et la note de M. Lyon-Caen. — Cass., 31 déc. 1902. D. 03. 1. 143. — Besançon, 30 nov. 1904. D. 05. 1. 120. Ces auteurs et ces arrêts décident que la délibération du conseil de famille n'est pas susceptible d'un recours sur le fond. — II. — En sens contraire : Laurent t. IV, n° 470. — Arntz, t. I, n° 665. — Huc, t. III, n° 279. — Agen, 24 déc. 1860. D. 61. 2. 20 ; S. 61. 2. 182. — Trib. d'Arbois, 4 juillet 1868. D. 69. 3. 7 ; S. 69. 2. 88. — Rouen, 25 nov. 1868. D. 69. 2. 76 ; S. 69. 2. 48. — Montpellier, 14 mai 1883, *supra*. — Paris, 19 nov. 1887. D. 88. 2. 176 ; S. 88. 2. 39. — Besançon, 29 janv. 1896. D. 97. 2. 305 et la note de M. Biville. — Caen, 13 déc. 1887. D. 98. 2. 505, et la note de M. Biville Gir. — Nancy, 7 janv. 1899. D. 00. 2. 273.

2. Planiol, t. I, 5^e édit., n° 1798, p. 579 et certains distinguent entre les décisions prises ou non à l'unanimité.

3. V. les références et la note 1, p. 44.

4. Angers, 24 déc. 1860. D. 1861. 2. 20 ; S. 1861. 2. 182.

l'esprit de la loi, la tutelle ne pouvant être retirée à la mère que pour des motifs graves; et, dans ce système, l'on ne fait pas plus de distinction, entre les recours basés sur des vices de forme ou ceux basés sur le fond, qu'entre les recours contre des décisions sujettes ou non sujettes à l'homologation du tribunal (1). Et à l'appui de cette solution, l'on invoque l'article 883 du Code de procédure civile (2) qui serait venu modifier le Code civil en ouvrant un recours contre les décisions du conseil de famille dans toutes les hypothèses possibles.

Dans un autre système tout opposé (3), l'on fait une distinction entre les attributions conférées exclusivement au conseil de famille « quelque omnipotente que puisse être son autorité », et celles qui sont susceptibles d'une voie de recours, parce qu'elles ne touchent, ni à un *intérêt moral* du pupille, ni au *personnel* de la tutelle. Le maintien ou la perte de la tutelle pour la mère remariée, la confirmation du tuteur testamentaire choisi par

1. Toulouse, 22 février 1854. D. 54. 2. 239; S. 54. 2. 197. — Colmar, 19 nov. 1857. S. 58. 2. 81. — Dijon, 14 mai 1862. S. 62. 2. 449. — Trib. de Mâcon, 28 mai 1890. D. 91. 2. 223. — Planiol, t. I, 5^e édit., n° 1798, p. 579, et certains arrêts distinguent entre les décisions prises ou non à l'unanimité. — Toulouse, 22 févr. 1854 (motifs), *supra*. — Agen, 24 déc. 1860 (motifs), S. 61. 2. 182. — Trib. d'Arbois, 4 juill. 1868 (motifs), *supra*. — Rouen, 25 nov. 1868 (motifs) *supra*. — Bruxelles (motifs), 11 juin 1890. D. 91. 3. 249. — Dijon, 14 janv. 1891. D. 91. 2. 233.

2. V. les arrêts cités à la note ci-dessus et les auteurs suivants : Garsonnet, *Traité de proc. civile*, § 1293. — Baudry-Lacantinerie et Che-neaux, V, n^{os} 424 et 425, p. 494; et enfin l'autorité qui s'attache aux travaux préparatoires de la loi, tel serait le discours du tribun Mouricault au corps législatif. Loqué, t. XXIII, p. 187 et suiv.

3. V. les références et la note I, t. II, p. 44.

la mère remariée, rentreraient donc dans le premier groupe (1) d'attributions.

Supposons maintenant que la mère redeviennne libre par la dissolution de son second mariage, recouvrera-t-elle de plein droit la tutelle qui lui a été enlevée ?

A notre avis, elle ne l'acquerra pas de plein droit ; elle aura seulement la faculté de la réclamer, et il appartiendra au conseil de famille de déférer à sa requête s'il le juge nécessaire, sauf le droit pour la mère, d'après le système que nous avons adopté, d'attaquer la décision du conseil de famille devant le tribunal, si elle lui est défavorable.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE

Le conseil de famille convoqué conserve la tutelle à la mère

a) *Caractère de cette tutelle.* — Si nous supposons, en dernier lieu, que le conseil de famille, saisi de la question, ait conservé la tutelle à la mère, la première chose que nous avons à nous demander, c'est de quelle nature est la tutelle qui lui a été conférée ? La mère a-t-elle toujours la tutelle légale ou, au contraire, est-elle tutrice dative ? La question n'est pas dépourvue d'intérêt pratique, car, selon qu'on lui reconnaît le premier ou le second caractère, les règles relatives à

1. Les décisions relatives au mariage du mineur ou à son émancipation rentreraient également dans ce groupe.

l'administration des biens seront toutes différentes. Si elle n'est que tutrice dative, le conseil de famille aura un droit de contrôle beaucoup plus étendu sur les actes d'administration de la mère tutrice (1).

Nous ne pensons pas, avec un certain nombre d'auteurs (2), que le caractère de la tutelle légale dévolue à la mère survivante puisse être modifiée par son convol. D'ailleurs, que dit le Code? L'expression dont il se sert est très nette : « Le conseil de famille décidera si la tutelle doit lui être conservée. » A notre avis, c'est bien d'une tutelle légale qu'il s'agit.

Cependant, certains (3) auteurs ne lui reconnaissent plus ce caractère, et qualifient de tutelle dative la tutelle conservée à la mère, car il dépend, disent-ils, du conseil de famille de ne pas maintenir la mère dans ses fonctions de tutrice. Nous ne croyons pas que cet argument ait une grande valeur. Il faudrait plutôt dire qu'il y a là, dans ce pouvoir particulier conféré au conseil de famille, le droit de prononcer une sorte de déchéance contre la mère ; c'est, pour elle, une destitution de la tutelle et rien de plus modifiant le caractère de sa tutelle. Cependant, si l'on voulait trouver une modifica-

1 Les articles 454 à 470 du Code civil s'appliqueraient dans cette hypothèse.

2. Baudry et Cheneaux, t. V, n° 341, p. 416. — Marcadé, t. II, n° 168, *in fine*, p. 176 et 197. — Magnin, t. I, n° 455 et 456. — De Fréminville, t. I, n° 57.

3. Huc, t. III, n° 277. — Vigier, t. I, n° 719. — Aubry et Rau, t. I, 99 *bis*, texte et note 36. — Laurent, t. IV, n° 386. — Rouen, 8 août 1827. S. 1830. 2. 84. — Agen, 14 décembre 1830. — S. 1831. 2. 29. — Grenoble, 21 juin 1854. S. 1855. 2. 407. — Cass. req., 3 mai 1856. S. 1856. 1. 793

tion dans la situation de la mère tutrice après son convol, on le trouverait plutôt dans l'adjonction de son mari comme cotuteur. La présence de ce second mari, qui exercera en fait la tutelle, pourrait amener le conseil à prendre certaines mesures relatives à l'administration des biens qui ne s'expliqueraient pas autrement (1). Nous ne partageons pas entièrement cette manière de voir, mais nous reconnaissons qu'il y a un peu de vrai dans cette conception.

b) *De la cotutelle légale du second mari.* — Le Code nous dit dans l'article 396 : « Lorsque le conseil de famille conservera la tutelle à la mère, il lui donnera nécessairement pour cotuteur le second mari. » Il semble, à la lecture de cet article, que le second mari ne devienne cotuteur qu'à la suite de la décision prise à son sujet par le conseil de famille ; il n'en est rien, en réalité. Nous pouvons dire que nous nous trouvons ici en présence d'une véritable cotutelle légale, née du seul fait que le conseil de famille n'a pas enlevé la tutelle à la mère remariée. Il importe donc peu que le conseil, en maintenant la tutelle à la mère, ait statué ou non sur la nomination du nouveau mari comme cotuteur. Il est cotuteur, en vertu de la loi qui ne fait qu'appliquer ici la règle ancienne : « Qui épouse la veuve, épouse la tutelle », car s'il ne réalisait pas les

1. Tel est le système de MM. Baudry et Cheneaux, *op. cit.*, n° 341 : « Le conseil de famille pourrait régler la dépense annuelle du mineur, et contraindre la mère et son mari cotuteur à remettre des états de situation. »

conditions nécessaires pour être cotuteur, la mère n'aurait pu être maintenue dans la tutelle. M. Huc(1) dit avec raison : « Si la capacité requise pour pouvoir être nommé cotuteur fait défaut au second mari, la femme conservera sans doute son autorité sur les enfants du premier lit, mais ne pourra être maintenue dans la tutelle. » Il en résulte que toutes les causes qui peuvent mettre fin à la cotutelle influent également sur la tutelle de la mère.

Mais, avant d'examiner les causes d'extinction de la cotutelle, voyons d'abord son fonctionnement, et quelle est la nature et l'étendue des pouvoirs d'administration du cotuteur.

Le cotuteur, nous dit le même article 396, « est solidairement responsable, avec sa femme, de la gestion postérieure au mariage ». Mais comment va-t-il concourir à la passation d'un acte que sa femme doit accomplir comme cotutrice ? Le cotuteur gère-t-il conjointement (2) avec sa femme, ou, au contraire, est-ce la mère tutrice qui gère, autorisée seulement de son mari, quand il s'agit d'un acte dépassant sa capacité de femme mariée ?

Les deux opinions ont été soutenues, car, si nous pouvons faire valoir en faveur de la première opinion,

1. Huc, t. III, n° 278, p. 280.

2. Demolombe, t. VII, n° 136. — Laurent, t. IV, n° 388. — Huc, t. III, n° 278. — Vigier, t. I, n° 720. — Planiol, t. I. — Baudry et Cheneaux, t. V, n° 340, p. 416. — Cass., 5 mai 1856. — D. 1856. 1. 241. — S. 1856. 1. 793.

que nous adoptons entièrement, l'autorité d'auteurs comme Aubry et Rau, qui n'admettent pas que c'est la femme qui gère avec l'autorisation de son mari; d'autres auteurs, au contraire, développent une thèse tout opposée. Ils commencent par faire une distinction fondée sur le régime matrimonial adopté. Si, disent-ils, la femme remariée a stipulé un régime de séparation de biens; elle conservera l'entière administration de ses biens et pourra seule gérer la tutelle. Au contraire, lorsque la mère en secondes noces s'est remariée sous un régime de communauté ou sans communauté, régime dans lequel le mari a l'administration des biens de sa femme; c'est au mari qu'il appartiendra, selon cette doctrine, d'administrer les biens de la tutelle en vertu de son autorité maritale. Il nous paraît qu'il y a là une confusion regrettable entre la puissance tutélaire et la puissance maritale. La loi a cherché à éviter un double écueil : d'abord, elle n'a pas voulu que les pouvoirs de la mère, en tant que tutrice, fussent absorbés par ceux du mari chef de la nouvelle association conjugale; d'autre part, elle n'entendait pas que le mari qui était solidairement responsable à côté de la mère jouât un rôle par trop effacé. De là, la nécessité d'organiser une collaboration incessante qui a été réalisée dans la cotutelle et non autrement. Telle a été la solution de l'article 396.

Il n'y a pas de doute là-dessus; quand il s'agit d'actes de disposition ou d'administration, le concours des deux époux est nécessaire, et nous n'admettons pas que ce soit la femme qui contracte seule quoique autorisée de

son mari. Mais, pour les actes d'administration courante, qui se répètent fréquemment, telle que la perception des revenus du pupille, l'un des époux pourra-t-il agir seul? C'est ce qu'ont admis certains auteurs (1) et l'on est arrivé à la conception d'une sorte de mandat tacite donné par l'un des conjoints à l'autre. Ce mandat tacite est basé sur la non-opposition formée par un conjoint à la passation d'un acte accompli par l'autre. Par suite, chacun des époux pourra faire opposition aux actes projetés par l'autre (2). De là, un recours possible selon certains auteurs, et, conformément à l'opinion que nous avons nous-même adoptée, tandis que d'autres n'admettent aucune voie de recours.

MM. Baudry-Lacantinerie et Cheneaux (3) renvoient à la solution qu'ils préconisent en matière de conflit entre la mère et le conseil de tutelle; or, cette solution n'est rien moins que la destitution de la tutelle pour la mère. Nous ne pouvons l'accepter, car elle est trop rigoureuse, elle pourrait dans bien des cas dépasser la mesure.

Enfin il n'y a pas communauté entre les époux, seulement au point de vue de la gestion, elle existe aussi du point de vue de la responsabilité des actes accomplis. C'est pourquoi les biens du second mari sont grevés au même titre que ceux de la mère, de l'hypothèque légale

1. Baudry-Lacantinerie et Cheneaux, t. V, n° 340, p. 415. — Aubry et Rau, t. I, § 99 bis, p. 642. — *Contra* Laurent, t. IV, n° 388.

2. Baudry et Cheneaux, *loc. cit.*

3. Baudry et Cheneaux, p. 415. « Nous pensons qu'il faut admettre ici une solution identique à celle que nous avons admise en ce qui concerne le conseil de tutelle » (V. leur n° 329).

établie par l'article 2121 du Code civil. Mais les biens du second mari ne seront ainsi grevés que pour les actes postérieurs au mariage. Il ne peut être responsable des actes antérieurs, puisqu'il n'était pas encore marié (1). Par tout ce que nous venons de voir, il résulte qu'il existe la connexité la plus étroite entre la tutelle de la mère et la tutelle du second mari.

Examinons maintenant si tout événement, qui met fin aux pouvoirs de l'un des époux, influe également sur ceux de l'autre.

D'abord, toute cause propre à la mère qui mettra fin à sa tutelle mettra également fin à la cotutelle du mari. Cette règle comporte cependant deux tempéraments : 1^o le conseil de famille pourra, au cas de décès de la mère, nommer le second mari tuteur, s'il juge qu'il y va de l'intérêt des enfants ; 2^o la mère, dans la vue de son prédécès, peut désigner son mari comme tuteur testamentaire, nomination qui devra être confirmée par le conseil de famille. De même, ensuite, la mère cesse d'être tutrice, quand le mari perd la cotutelle ; mais ici il importe de faire des distinctions, suivant les circonstances. La mère perd la tutelle au cas de destitution du mari, ou au cas où il se ferait excuser (2). On n'a pas

1. Demolombe, VII, n^o 138. — Laurent, IV, n^o 387. — Huc, III, n^o 278. — Aubry et Rau, I, § 99 *bis*, p. 643. — Planiol, I, n^o 1823. — Bourges, 28 janvier 1857. D. 59. 2. 50 ; S. 57. 2. 208. — Rouen, 25 juin 1857. S. 58. 2. 408. — Tribunal de la Seine, 29 novembre 1872. S. 73. 2. 150 ; D. 73. 5. 16.

2. Il n'en est pas de même, comme nous le verrons ci-après, quand la mère s'est remariée sans avoir notifié son projet de mariage au conseil de famille.

voulu, dans cette hypothèse, laisser la femme gérer une tutelle, dont le mari aurait été exclu ou dont il se serait écarté, mais qui ne serait pas moins administrée en fait par lui. Elle ne la perdra pas, au contraire, si le mari venait à décéder, à être interdit, ou à être pourvu d'un conseil judiciaire. Nous admettons une solution identique au cas de divorce, qui entraîne, d'ailleurs, comme la mort elle-même, la dissolution complète du mariage.

Mais, la question est controversée au cas de séparation de corps intervenue entre les époux. Le Code a gardé le silence sur ce point, et cela est d'autant plus regrettable, en présence des nombreuses divergences doctrinales qui se sont manifestées. Dans un premier système (1), la séparation de corps prononcée a pour effet de faire cesser de plein droit la tutelle de la mère, ainsi que la cotutelle du mari ; elle donne ouverture à une tutelle dative. D'après un autre système (2), le mari et la femme conservent également leurs pouvoirs.

Dans un troisième (3), il n'y a pas à proprement parler extinction des pouvoirs conférés à la mère et au second mari. C'est le conseil de famille qui prononcera, en connaissance de cause, la destitution de la tutelle de l'époux contre lequel la séparation de corps aurait été prononcée. Et, même, il pourrait arriver que, la mère étant déchue de la tutelle, le conseil de famille nomme le

1. Chardon. *Puiss. tutel.* n° 24.

2. Huc, III, n° 278.

3. Demolombe, VII, 139 *bis*.

second mari tuteur. Inutile d'insister sur la valeur de ces différents systèmes aussi arbitraires les uns que les autres.

Nous adoptons une quatrième opinion (1), qui nous paraît beaucoup plus fondée, car elle est basée sur l'interprétation du nouvel article 311 du Code civil (loi du 6 février 1893). En vertu des dispositions de cet article, la femme séparée de corps reprend sa pleine capacité civile. Si donc elle n'est plus soumise à aucune autorisation maritale, en ce qui concerne même les actes de disposition les plus importants relatifs à son propre patrimoine, l'on ne voit pas pourquoi elle serait obligée de subir le concours de son second mari pour les actes de gestion de la tutelle de ses enfants du premier lit. Cependant, comme correctif à cette reprise de sa pleine capacité tutélaire, nous reconnaissons au conseil de famille le pouvoir de prononcer, s'il y a lieu, la destitution de la mère de la tutelle de ses enfants mineurs.

B. — *Des effets de la non-convocation du conseil de famille*

L'article 395, en son alinéa 2, répond à l'hypothèse que nous allons maintenant examiner : « à défaut de cette convocation, elle perdra la tutelle de plein droit, et son nouveau mari sera solidairement responsable de

1. Aubry et Rau, I, § 99 bis, note 41 ter. — Tribunal de Narbonne 27 juin 1901 : D. 01. 2. 410. — Baudry et Cheneaux, t. V, n° 345, p. 418.

toutes les suites de la tutelle qu'elle aura indûment conservée. » Pour la clarté de notre exposé, nous étudierons successivement, au point de vue de la mère, et au point de vue du second mari, les conséquences de cette omission commise par la mère tutrice légale.

a) *Effets à l'égard de la mère.* — Le premier effet de la non-convocation du conseil de famille par la mère remariée est de lui faire perdre de plein droit la tutelle légale des enfants issus du précédent mariage. C'est une déchéance, remarquons-le bien, qui opère par le seul effet de la loi ; les tribunaux, pas plus que le conseil de famille, n'ont à le prononcer.

Cependant, si la mère, en droit, n'a plus le pouvoir de représenter son enfant mineur, elle continuera, en fait, à gérer la tutelle après l'avoir perdue. Quel sera donc le sort des actes accomplis par elle postérieurement à son mariage ?

Tout d'abord, l'on reconnaît (1) qu'en attendant son remplacement, elle est tenue d'accomplir tous les actes d'administration provisoire indispensables à la conservation du patrimoine du mineur, car elle ne doit pas le laisser sans protection. Mais il n'en est pas moins vrai que les actes accomplis postérieurement au mariage, seront *inopposables* au mineur (2) *en tant*

1. Valette sur Proudhon, t. II, p. 289, obs. 6. — De Fréminville, t. I, n° 55. — Demolombe, t. VII, n° 119, 123, 124. — Aubry et Rau, t. I, § 99 bis texte et note 24, p. 638. — Planiol, t. I. — Baudry et Cheneaux, t. V, p. 419, n° 344. — Cass. req., 15 déc. 1825. S. 26.1.298.

2. Demolombe, t. VII, n° 120. — Baudry et Cheneaux, t. V, n° 344, p. 419.

qu'actes de tutelle. Les tiers qui ont contracté avec la mère ne pourront pas se baser sur les règles de la représentation, largement admise en matière de tutelle, pour justifier le principe d'une action à diriger contre le pupille ; ils sont mal venus à invoquer le maxime : *factum tutoris est factum pupilli*. Ils ne sont pas, cependant, dépourvus de tout recours contre le mineur : ils pourront, selon les cas, agir contre le mineur par l'action de *in rem verso* ou par l'action de *negotiorum gestio*. Mais, dans tous les cas, ces tiers ne pourront jamais invoquer leur bonne foi, leur ignorance de la situation de la mère, pour échapper aux suites de la nullité de l'acte accompli. Les tiers, qui ont appris le nouveau mariage de la mère, auraient dû, avant de traiter, se renseigner soit auprès du juge de paix, soit auprès du conseil de famille, à l'effet de savoir, si la mère avait été maintenue dans la tutelle.

S'il s'agissait, au contraire, d'actes accomplis par la mère autorisée du conseil de famille, il nous semble que ces actes seraient valablement opposables au mineur ; les tiers, en présence d'une mère autorisée du conseil de famille, pouvaient légitimement croire qu'elle avait été maintenue dans la tutelle.

Tout ce que nous venons de dire des actes accomplis dans ces conditions par la mère tutrice, n'est vrai que dans les rapports de la mère et des tiers. Si nous nous plaçons maintenant au point de vue du mineur vis-à-vis des tiers, la nullité qu'il peut invoquer est toute relative, c'est-à-dire qu'il ne l'opposera

aux tiers que s'il y va de son intérêt ; il ne pourrait plus le faire, par exemple, au cas d'un paiement fait à sa mère, et qui aurait tourné à son profit.

Nous avons vu quel est le sort des actes accomplis par la mère au cours de sa tutelle de fait ; nous avons à nous demander, si, pour garantir sa gestion, son patrimoine reste grevé de l'hypothèque légale ordinaire de l'article 2121. Il ne fait pas de doute, pour nous, que la mère pour ne s'être pas conformée aux prescriptions de l'article 395, alinéa 2, a commis en tant que tutrice une faute « dont toutes les conséquences doivent être garanties par les sûretés attachées à la tutelle ». En admettant le contraire, on arriverait à une solution invraisemblable d'illogisme (1) ; il dépendrait de la seule volonté de la mère tutrice, en se conformant à la loi, de laisser l'enfant jouir du bénéfice de l'hypothèque légale que la loi a établie de plein droit en faveur de tous les mineurs sur les biens de leurs tuteurs, ou au contraire de l'en priver, en conservant une tutelle de fait sans réunir le conseil de famille (2). Ce qui ne manquerait pas encore de compliquer cette situation, ce serait la nomination de la mère comme tutrice dative par le conseil de famille, car la déchéance encourue de plein droit par

1. Marcadé, t. II, n° 186, p. 96. — Demolombe, t. VII, n° 124. — Planiol, t. I. — Baudry et Cheneaux, t. V, no 344. 2 bis, p. 419 et 420.

2. Duranton, t. XIX, p. 312. — Laurent, t. XXX, p. 264.

la mère ne donne pas ouverture à la tutelle légale des ascendants (1).

La nomination du tuteur étant laissée au choix du conseil de famille, celui-ci ne pourrait-il pas appeler à tutelle la mère elle-même qui l'a perdue ?

Il semble, à première vue, que l'on puisse opposer à cette solution les termes mêmes de l'article 445 : « Tout individu qui aura été exclu ou destitué d'une tutelle, ne pourra être membre d'un conseil de famille », donc *a fortiori*, avoir la tutelle elle-même. Mais l'article 445, ainsi que l'article 444, ne vise que le cas d'exclusion ou de destitution de la tutelle ; nous rencontrons ces deux articles à la section VII du titre X du Code, par conséquent ils ne peuvent avoir en vue notre hypothèse qui n'entraîne que la perte de la tutelle (arg. art. 395. al. 2). L'on a fait valoir que c'était la solution primitive du projet du Code civil (2), mais elle a été abandonnée et ce n'est que justice : l'on invoque constamment contre la femme son inaptitude aux affaires, pour lui dénier une capacité juridique égale à celle de l'homme, il est naturel en cette circonstance de ne pas lui tenir rigueur de n'avoir pas rempli toutes les prescriptions d'un Code qu'elle ne connaît pas. C'est ce qu'exprime en termes très justes M. le professeur Planiol : « Rien ne prouve que la mère soit indigne d'être tutrice, ni son nouveau

1. Huc, t. III, n° 276. — Baudry et Cheneaux, n° 346, p. — Paris, 24 juin 1856. D. 57 2. 101. ; S. 56. 2. 527. — Rennes, 21 juillet 1890. D. 91. 2. 162 ; S. 91. 2.

2. Locré, t. VII, p. 173, n° 12. — Fenet, t. X, p. 572.

mari. Elle n'a commis qu'une irrégularité de forme, et il serait souvent contraire aux intérêts du mineur de lui donner pour tuteur un étranger » (1).

La doctrine et la jurisprudence sont, cette fois, unanimes (2) à partager l'opinion que nous venons d'exprimer; et elles s'accordent également à reconnaître à la tutelle qui pourrait être déférée à la mère, après la perte de la tutelle légale, le caractère d'une tutelle dative (3) avec toutes les conséquences qui en découlent. Nous examinerons, plus tard, si, parmi ces conséquences, il faut mentionner, pour la mère, la perte du droit de choisir un tuteur testamentaire à ses enfants; mais, bornons nous, pour terminer, à rechercher, si, la réintégration de la mère dans la tutelle, a pour effet de valider les actes qu'elle a accomplis durant la période où elle était déchue de la tutelle.

L'on a admis (4), avec raison, que la réintégration de la mère dans la tutelle ne pouvait avoir d'effet rétroactif. En effet il ne saurait résulter, d'une décision

1. Planiol, t. I, no p.

2. Delvincourt, t. I, p. 271. — Duranton, t. III, nos 427 et 511. — De Fréminville, t. I, nos 56 et 170. — Demolombe, t. VII, n° 130. — Laurent, t. IV, n° 392. — Huc, t. III, n° 276. — Aubry et Rau, § 99 bis, texte et note 33, p. 640. — Planiol, t. I. — Baudry et Cheneaux, t. V, n° 346, p. 423. — Pau, 30 juillet 1807. S. 07.378. — Metz, 20 avril 1820. S. 21.2.339. — Paris, 24 juin 1856. S. 56.2.527; D. 57.2.10. — Paris, 19 nov. 1887. D. 88.2.176; S. 88.2.29. — Rennes, 21 juillet 1890. D. 91.2.162; S. 91.2.20.

3. Marcadé, t. II, n° 186, p. 196. — Huc, III, n° 276. — Aubry et Rau, *loc. cit.* — Planiol, *loc. cit.* — Baudry et Cheneaux, *loc. cit.* — Paris, 19 nov. 1887, *loc. cit.* — Rennes, 21 juillet 1890, *loc. cit.*

4. Nîmes, 19 Prairial an XIII. — Dalloz *Jur. gén.* V° Min., 115.

du conseil de famille conférant à nouveau la tutelle à la mère déchu de plein droit, la validation d'actes que ce conseil n'a pas connus et qu'il ne pouvait connaître qu'après coup. Il nous reste à voir, pour compléter notre tableau d'ensemble des conséquences du défaut de convocation du conseil, quelle est la situation juridique du second mari ?

b) *Effets à l'égard du mari.* — L'article 395, alinéa 2, déclare « que le nouveau mari sera solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle que la mère aura indûment conservée ». Quand il s'agit d'interpréter ces dispositions, tout le monde est d'accord pour reconnaître que le nouveau mari est responsable « à raison du défaut de gestion, comme à raison des actes de gestion ». Mais les auteurs se divisent profondément, lorsqu'il s'agit de déterminer à partir de quel moment la responsabilité du second mari prend naissance.

La majorité des auteurs (1) et la jurisprudence (2) admettent que la responsabilité du second mari, au cas de non convocation du conseil de famille, est beaucoup plus étendue qu'au cas de convocation. Une seconde

1. Delvincourt, I, p. 271. — Duvergier sur Toullier, I, n° 1098, n. 6. — Duranton, III, n° 426. — Zachariæ, I, § 229, note 3. — Marcadé, II, n° 187. — Grenier, *Des hypoth.*, I, n° 280. — Troplong, *Des hypoth.*, II, art. 2121, n° 426. — Magnin, *op. cit.*, I, n° 457. — Valette sur Proudhon, II, p. 290, note 7. — Arntz, I, n° 695. — Huc, III, n° 275. — Vigié, n° 723. — Aubry et Rau, I, § 99 bis, texte et note 26. — Beudant, II, n° 787. — Surville, I, n° 411.

2. Poitiers (motifs), 28 déc. 1824. S. 25, 2. 51. — Nîmes, 30 nov. 1831. S. 32, 2. 139. — Cean, 22 mars 1860, *Jur. gén. Supp.*, n° cit., n° 87. S. 60, 2. 610. — Dijon, 16 juin 1862. D. 62, 2. 146 ; S. 62, 2. 486. — Paris, 14 mars 1905. D. 07, 2. 23.

opinion (1) considère, au contraire, que le point de départ de la responsabilité du mari est toujours le même : du jour de la célébration du mariage ; elle ne pourrait, dit-on, embrasser les actes antérieurs à la célébration du mariage, ce qui aurait eu pour conséquence, de la faire remonter dans le passé jusqu'au jour même de l'ouverture de la tutelle de la mère.

Considérons en détail les arguments invoqués de part et d'autre, avant d'indiquer l'opinion à laquelle nous croyons devoir nous rallier.

Dans la première opinion, on tire argument de l'histoire, des travaux préparatoires de la loi, du texte même de l'article 395, et, enfin, de la nécessité de sanctionner efficacement la négligence de la mère et du second mari.

L'argument historique est basé sur le droit romain (2) et sur l'ancien droit (3) qui admettaient une solution conforme à celle proposée.

Quand à l'argument tiré des travaux préparatoires de la loi (4), il consiste à dire que le Conseil d'État et le Tribunal, qui étaient d'accord pour limiter la responsabilité du second mari aux actes postérieurs au mariage, auraient changé d'avis ; de là, la rédaction nouvelle qui est devenue celle du texte définitif.

1. Massé et Vergé sur Zachariæ, *loc. cit.* — Ducauroy, Monnier et Roustain, I, n° 595. — Demolombe, VII, nos 126 et 127. — Laurent, IV, n° 389. — Planiol, I, n° 1826. — Cf. Demante, II, n. 144 bis, IV.

2. 4. 6. Just., VIII, 14, in quib, causis pignus.

3. Domat, *Lois civiles*, II, 1, 3, 37. — Pothier, *Des hypoth.*, I, 1, 3.

4. Fenet, X. pp. 572, 596, 597, 610. — Locré, VII, pp. 173, 197, (art. 8), 217.

5. V. ci-dessus la note 1, p. 64.

Enfin, dans cette opinion, l'on soutient qu'il faut que la loi se montre plus rigoureuse pour le mari, co-tuteur de fait, qui gère sans titre, que pour le mari, co-tuteur «légal», en quelque sorte, dont le titre a été confirmé par la décision du conseil de famille.

D'après les auteurs qui soutiennent qu'il n'y a pas lieu d'étendre indéfiniment la responsabilité du co-tuteur de fait, à tous les actes de la tutelle, même à ceux antérieurs au mariage, l'argument des travaux préparatoires n'est pas concluant. Ils l'invoquent même en leur faveur, car, disent-ils, le Conseil d'État et le Tribunal n'ont jamais varié sur la question. Quant aux remaniements apportés dans la rédaction de l'article 395, ils ont été dûs à la volonté que l'on a eue de frapper, indistinctement, les actes de mauvaise gestion, comme ceux provenant d'un défaut de gestion; et cela se trouve être réalisé par le texte définitivement adopté (1).

Pour notre part, nous ajouterons que l'argument historique n'a pas la valeur qu'on semble vouloir lui donner. Car, la conception du rôle et de la situation de la femme dans la société n'est pas la même dans le droit moderne que dans l'ancien droit ou en droit romain. Si l'on a admis, à la fin du droit romain, et dans l'ancien droit, que la mère pût être tutrice de ses propres enfants, l'on a néanmoins considéré son convol, sinon dans tous les cas, comme une cause de déchéance de la tutelle, du moins toujours, comme une cause de suspicion à son égard. Delà, des mesures dans le genre de celle que nous signale

1. Explication présentée par M. Planiol,

Domat (1). Mais, lors de la discussion des articles du Code civil, au Conseil d'État, l'on manifesta moins de méfiance à l'égard de la mère puisque l'on proposa d'imposer, au père comme à la mère se remariant, l'obligation de soumettre leur projet de mariage au conseil de famille (2). Il nous semble, dans ces conditions, difficile d'admettre que le Code civil fût aussi hostile au remariage de la mère que l'étaient l'ancien droit ou le droit romain. C'est pourquoi, nous considérons qu'en l'absence d'une disposition formelle de la loi, l'on ne peut accepter une dérogation aussi exorbitante du droit commun que celle qui rendrait le second mari responsable d'une gestion antérieure au mariage, à laquelle il est présumé, en droit, comme en fait, être totalement étranger.

Les divergences de vue que nous avons constatées, quand il s'est agi de déterminer le degré de responsabilité du second mari cotuteur de fait, se retrouvent plus marquées, si possible, encore, à propos de l'hypothèque légale qui grèverait les biens du co-tuteur. Il y a un désaccord parmi les auteurs qui acceptent (3) le principe d'une hypothèque légale sur les biens du second mari.

1. Domat, *Lois civiles*, 1^{re} partie, liv. II, tit. I, n° 37. « Si la mère tutrice de ses enfants convole en seconde noces, sans leur avoir fait nommer un tuteur, rendu compte de son administration et acquitté, ou assuré ce qu'elle pouvait leur devoir, les biens de son second mari seront hypothéqués envers le mineur pour tout ce qui se trouvera leur être dû par le compte tant pour le passé que pour l'avenir. »

2. V. la citation de Tronchet que nous avons donnée ci-dessus, p. 40, note 2.

3. Pothier, *Traité de l'hypothèque*, ch. I, section I, art. 3. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantissement*, t. II, n° 1157. — Baudry-Lacantinerie et Cheneaux, *op. cit.*, n° 345, p. 423. — Persil, t. I,

Dans ce conflit de doctrines opposées nous rencontrons, tout d'abord, ceux qui déclarent les biens du mari affranchis de toute hypothèque légale (1) ; car, à leurs yeux, il n'est pas tuteur. Puis, un grand nombre d'auteurs, tout en admettant le principe de l'hypothèque légale, la restreignent aux actes accomplis depuis le mariage. C'est, en somme, la même discussion que celle que nous avons rencontrée précédemment. Et notre conclusion sera identique, nous admettons que la responsabilité du nouveau mari n'est engagée que du jour du mariage.

II. — Des effets du convol de la mère sur son droit de nommer un tuteur testamentaire à ses enfants

Le droit individuel qu'a le dernier mourant des père et mère de choisir un tuteur testamentaire à ses enfants est réglementé par l'article 379 du Code. La mère est dans cet article mise sur le même pied que le père ; il suffit pour qu'elle puisse exercer ce droit qu'elle survive à son mari, et enfin qu'elle exerce la

sur l'art. 2121, n° 32. — Grenier, t. I, n. 380. — Troplong, t. II, n° 426. — Toulier, t. VII, n° 287. — Magnier, *Des minor.*, t. I, n° 457. — De Fréminville, *De la minor.*, t. I, n° 51. — Demolombe, t. I, 128. — Aubry et Rau, t. III, p. 210, § 264 bis, texte et note 14. — Thézard, n° 117. — André, n° 680. Paris, 22 décembre 1822, *Jur. gén.* V° Priv. et Hypot., n° 1030. S. 34. 2. 231 à la note. — Poitiers, 28 déc. 1824. S. 25. 2. 51. — Nîmes, 30 nov. 1831. *Jur. gén.* V° Minor., n° 109. S. 32. 2. 130. — Colmar, 26 nov. 1833. S. 34. 2. 231. — Cass., civ., 14 déc. 1836, *Jur. gén.* V° Disp. entre vifs, n° 351. S. 27. 1. 88. — Cass. Req., 27 juin 1877. D. 78. 1. 412. S. 79. 1. 55. — 1. Marcadé, t. II, n° 187 sur l'art. 395. — Delvincourt, t. I, p. 217. — Duranton, t. III, n° 426. — Valette, sur Proudhon, t. II, p. 290, n° 7. — Laurent, t. XXX, n° 264. — Zacharie, § 121, texte et note 4. — Colnet de Santerre, t. IX, n° 82 bis, IV. — Cf. Pont., I, n° 500.

tutelle. Car, l'époux survivant, destitué ou déchu de la tutelle ou de la puissance paternelle, ne pourrait exercer cette prérogative. Mais, le droit commun reprendrait son empire, si nous sommes en présence d'un père qui se serait fait excuser ou d'une mère qui aurait décliné la tutelle. Ils pourraient l'un et l'autre, dans l'hypothèse de l'article 397, choisir un tuteur testamentaire à leurs enfants mineurs. Tel est le principe. Cependant, les articles 399 et 400 qui suivent, y apportent des dérogations, du moment que la mère tutrice a convolé en secondes noces. Et nous allons rencontrer, prévues par le législateur, les deux mêmes hypothèses que nous avons déjà précédemment étudiées : 1° celle de la mère remariée et non maintenue dans la tutelle (art. 399); 2° celle de la mère remariée et maintenue (art. 400).

PREMIÈRE HYPOTHÈSE

La mère remariée n'a pas été maintenue dans la tutelle

C'est l'article 399 qui régit ce cas ; et il décide que la mère ne pourra nommer un tuteur testamentaire à ses enfants mineurs. Examinons quel est le fondement de cet article.

Le législateur a adopté cette solution toujours sous le coup de la défiance, qu'il ne peut s'empêcher de témoigner à la mère, qui a convolé en secondes noces. N'oublions pas que le père qui se remarie a un traitement tout différent ; il conserve toute faculté de nommer un tuteur testamentaire à ses enfants. Cependant,

l'on ne peut plus invoquer, comme au cas de perte de la tutelle par la mère, par suite de la présence du second mari, non accepté par le conseil de famille, la nécessité qu'il y a d'assurer l'unité administrative de la tutelle, en fait et en droit. On faisait valoir, avec raison, qu'en fait, le second mari administrerait toujours, qu'il soit écarté ou non de la tutelle; et ce serait la lui remettre indirectement, que de conserver cette charge à la mère, tout en le laissant de côté. Ce n'est plus une question d'administration des biens que nous considérons ici.

La mère désigne dans son testament, pour lui remettre la tutelle, la personne en laquelle elle a le plus de confiance. Ce choix de la mère, dans les cas mêmes où elle peut l'effectuer, n'est pas définitif, comme nous le verrons ci-après, puisque le conseil de famille doit y donner son agrément; et cela ne devrait-il pas suffire? Dans ces conditions, nous ne voyons aucun fondement juridique raisonnable à cette différence de situation faite au père et à la mère.

Nous pouvons seulement l'expliquer historiquement par la persistance dans le Code civil de la défiance que l'on témoignait, dans le droit romain et dans l'ancien droit, à la mère remariée. Cette explication nous paraît préférable à celle des auteurs (1), qui font du droit de nommer un tuteur testamentaire par le parent dernier mourant, une conséquence de la puissance tutélaire. Car l'on reconnaît également ce droit de nomination

1. V. Baudry et Cheneaux, t. V, n° 354, p. 429.

au père qui s'est fait excuser (1) de la tutelle, et à la mère qui a refusé la tutelle (2). Quant aux père et mère destitués, ou exclus de la tutelle, ou encore déchus de la puissance paternelle, il est hors de doute que ceux-là ne peuvent procéder à aucune nomination de tuteur testamentaire. A eux et à eux seuls, l'on pourra faire application de la formule de MM. Baudry et Cheneaux : « La faculté de nommer un tuteur testamentaire est une suite et un prolongement de la puissance paternelle et de l'autorité tutélaire. » Mais, cette formule ne s'applique pas à tous les cas, aussi ne l'avons nous pas adoptée.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE

La mère remariée est maintenue dans la tutelle

Nous avons déjà indiqué que la mère, qui a convolé et qui a été en quelque sorte confirmée par le conseil de famille dans l'exercice de la tutelle, conservait le droit de choisir un tuteur testamentaire. Maintenant, qui peut exercer ce droit ? Peut invoquer le bénéfice de l'article 400, toute mère remariée, qui a été maintenue dans la tutelle, soit parce qu'elle s'est conformée strictement aux dispositions de l'article 395, prescrivant

1. Dalloz, *Jur. gén.* V^o Minorité, n^o 135. — Duranton, III, n^o 438. — Allemand, *Du mariage*, II, n^o 1216. — Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n^o 598. — Demante, II, n^o 146 bis, II.

2. Duranton, Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *loc. cit.* — Demantè, II, 148 bis, I.

la réunion du conseil de famille avant la célébration du mariage, soit même parce que le conseil de famille lui a conféré la tutelle dative, après qu'elle ait été déchue de la tutelle légale pour inobservation de l'article 395. L'on décide également que la mère survivante pourrait nommer un tuteur testamentaire, alors même qu'elle serait pourvue d'un conseil de tutelle (1) ; elle n'aurait pas besoin de l'assistance de son conseil.

Le premier effet du choix fait par le survivant des père et mère d'un tuteur testamentaire est d'écarter la tutelle des ascendants. Il en résultera la même conséquence pour la mère, quelle que soit la décision du conseil de famille. Car, comme nous allons le voir, la nomination faite par la mère est subordonnée à l'assentiment que doit donner le conseil de famille, tandis que le choix du père dernier mourant n'est soumis à aucune ratification.

Comment justifie-t-on cette nouvelle inégalité de traitement ? Le législateur, ici encore, est imbu de cette idée que la femme, du fait de son nouveau mariage, a contracté des affections nouvelles, assumé des charges qui ne lui laissent plus la maîtrise de ses sentiments et de sa raison ; et dans ces conditions, il faut prémunir les enfants du précédent lit contre un choix, peut-être malheureux, de leur mère. Et les auteurs (2), qui partagent cette façon de voir, font remarquer que les

1. Huc, t. III, n° 280.

2. Durantou, III, n° 436. — Massé et Vergé Surzacharow, I, 208, note 10.

articles 399 et 400 sont conçus en termes absolus et que la mère remariée et devenue veuve de son second mari ne resterait pas moins soumise à cette restriction de sa capacité juridique. Nous avons déjà donné à entendre, à propos de l'article 395 du Code, que nous n'admettions cette différence entre le père et la mère, et cela, en nous plaçant, au point de vue de l'intérêt même des enfants, et non au point de vue du principe d'égalité entre époux (2). Car, ces entraînements que l^e législateur a prévus, avec raison, chez la mère, peuvent se produire, et se produisent aussi parfois chez le père ; et, en présence de tels faits, la famille, les tribunaux sont trop souvent désarmés pour venir en aide aux malheureux enfants qui en patissent.

Nous ne reviendrons pas non plus sur la question des voies de recours contre les décisions rendues par le conseil de famille. C'est la même question que nous avons eue précédemment à résoudre et les positions déjà prises ne sauraient être modifiées, sous peine de nous faire nous contredire à quelques pages d'intervalle.

2. Demante, II, n° 148 bis, III. — Demolombe, VII, n° 170.

CHAPITRE II

TUTELLE MATERNELLE DES ENFANTS NATURELS

La situation réciproque de l'enfant naturel et de sa mère, en droit français, telle que l'ont déterminée des lois récentes, loi du 25 mars 1896 et loi du 2 juillet 1907, est maintenant juridiquement établie. Mais il n'en a pas été toujours été ainsi. Nous ne croyons pas, à ce propos, devoir refaire ici, au sujet de l'enfant naturel, un historique analogue à celui présenté au début de notre travail, sur l'enfant légitime. Cet historique n'eût pas d'ailleurs été très long par suite de la brièveté même du sujet. Cela est dû à la défaveur qui, sous l'influence du christianisme, commença à s'attacher à l'enfant naturel à partir de la fin du droit romain (1), mais qui se manifesta, dans toute son ampleur, du moyen âge à la Révolution. Cependant, rappelons où en était l'état de la question, lorsque les rédacteurs du Code civil ont eu à s'en occuper, et ont rédigé ces dispositions appelées à durer près d'un siècle. Ils ont eu à choisir entre deux

1. D. 26. 6. L. 2, § 2.

systèmes législatifs d'inspiration tout opposée : celui de l'ancien régime et celui de la période révolutionnaire.

La législation française à la fin de l'ancien régime, celle des pays de coutume même, comme celle des pays de droit écrit en cela moins libérale que le droit romain, montrait la plus grande sévérité à l'égard des enfants naturels. Reconnus ou non, ils étaient confondus avec les enfants adultérins ou incestueux, sous l'appellation péjorative de « bâtards », et à ce titre « ne succédaient pas ». D'autre part, il était interdit à leurs parents de leur faire aucune libéralité entre vifs ou testamentaire dépassant un simple don d'aliments (1). Il ne pouvait donc être question, dans de semblables conditions, d'organiser une tutelle en leur faveur.

Mais sous l'influence de la philosophie du XVIII^e siècle, toutes ces idées vont se transformer et subir une évolution considérable dont nous trouvons la manifestation dans les lois de la période révolutionnaire. La loi du 4 juin 1793 et surtout celle du 12 brumaire an II bouleversent complètement l'ancien état de choses ; elles assimilent entièrement, au point de vue successoral, les enfants naturels reconnus aux enfants légitimes, tandis qu'elles allaient même jusqu'à accorder aux enfants adultérins et incestueux sur les biens de leurs auteurs le tiers de ce qu'ils auraient eu, s'ils

1. Qui a fait l'enfant doit le nourrir, disait Loysel, *Institutes coutumières*, liv. I, tit. I, art. 41. — V. également d'Aguesseau, *Oeuvres complètes*, t. VII, p. 435.

eussent été légitimes. Enfin, le législateur de cette époque qui permettait la recherche de la paternité et de la maternité, en admettait la preuve sur la simple présomption d'état.

Tels étaient les deux systèmes en présence desquels se trouvait le législateur du Code civil ; et ayant à choisir, il n'opta pas entièrement pour l'un ou l'autre ; il se borna en notre matière, selon son habitude ordinaire, à établir une sorte de moyenne entre l'ancien droit et les solutions du droit révolutionnaire. C'est bien ce qui semble se dégager de l'œuvre de 1804 lorsqu'on examine la façon dont il a réglé les droits successoraux de l'enfant naturel. Malheureusement, il n'a pas consacré le moindre article à l'organisation de la tutelle de ces mêmes enfants qui étaient appelés à recueillir des biens dans la succession de leur père et mère naturels. Certes, la jurisprudence et la doctrine ont suppléé au silence de la loi. Mais des interprétations différentes se sont produites, sur bien des points, notamment en ce qui concerne le caractère de cette tutelle : tutelle légale ou tutelle dative ? Enfin, des idées nouvelles se sont fait jour sur la situation des enfants naturels vis-à-vis de leurs parents et de la société. Le législateur français moderne a dû, pour ces diverses raisons, apporter un ensemble de solutions nouvelles, dans cet ordre d'idées, comme il avait dû déjà le faire précédemment dans une matière voisine, à l'occasion des droits successoraux de l'enfant naturel, par la loi du 25 mars 1896. Nous avons eu, par la loi du 2 juillet 1907, mieux qu'une

réforme, une mise au point complète de la double question de la puissance paternelle et de la tutelle des enfants naturels, si intimement liées l'une à l'autre, que le législateur n'a pu les traiter séparément.

Nous n'aurons pas, pour notre part, à étudier la loi de 1907 dans toutes ses dispositions; nous nous bornerons à commenter ce qui est relatif à la tutelle de la mère de l'enfant naturel. Mais, comme tout se tient et que nous aurions été forcément amené, dans l'examen de chacun des articles de la loi nouvelle, applicable à la mère tutrice de l'enfant naturel, à indiquer quelle était la solution admise sous l'empire du Code civil, nous avons jugé préférable d'étudier successivement les deux législations. De là, la division de cette partie de notre travail en deux sections: l'une consacrée à la tutelle maternelle de l'enfant naturel sous le régime du Code civil; l'autre destinée à faire connaître les dispositions nouvelles de la loi du 2 juillet 1907 relative à notre matière.

PREMIÈRE SECTION

LA TUTELLE MATERNELLE SUR LES ENFANTS NATURELS SOUS LE RÉGIME DU CODE CIVIL

A. — *Ouverture de la tutelle*

Nous avons vu, dans notre chapitre premier, consacré à la tutelle des enfants légitimes, que le législateur a eu soin de poser quelques principes à l'effet de régle-

menter les divers cas d'ouverture de cette tutelle et en ce qui nous intéresse plus particulièrement, de la tutelle de la mère ; le texte fondamental en cette matière est celui de l'article 390, qui déclare la tutelle toujours ouverte après la dissolution du mariage arrivée par la mort de l'un des époux. Si nous cherchons un texte semblable, destiné à régler les cas d'ouverture de la tutelle de l'enfant naturel, nous n'en trouvons aucun. Il est hors de doute que l'article 390 ne saurait être étendu par voie d'analogie à notre hypothèse, puisque la dissolution du mariage, survenue en général à suite du décès de l'un des conjoints, est le mode normal d'ouverture de la tutelle de l'enfant légitime, car nous pouvons nous trouver en présence d'un enfant qui n'a été reconnu par aucun de ses parents, ou qui ne l'a été que par un seul. Et, dans ces deux cas, va-t-il être dépourvu de toute protection ? Enfin, au cas même où cet enfant aurait été reconnu successivement, ou simultanément par ses père et mère vivant ensemble, la cessation de leur cohabitation, quelle qu'en soit la cause, ne saurait en aucune façon, dans l'état actuel de nos mœurs, être assimilée à la dissolution volontaire, ou forcée du mariage. C'est pourquoi, en présence de ces difficultés, l'on avait décidé avec raison que l'enfant naturel devait être considéré comme étant en tutelle dès sa naissance (1). Mais, en fait, l'on décidait qu'il n'y

1. Baudry-Lacantinerie et Cheneaux, n° 648, p. 667. — Cf. Cass., 10 novembre 1896. D. 99. 1. 209, et la note de M. L. Michel. S. 97. I. 321, et la note de M. Tissier.

avait lieu de l'organiser que du jour où cet enfant venait à recueillir des biens, dont il s'agirait de régler l'administration (1).

En résumé, d'après le système qui avait prévalu, la tutelle de la mère de l'enfant naturel s'ouvrait dès la naissance de l'enfant si elle l'avait seule reconnu ; et elle s'ouvrait encore, au cas de prédécès, du père quand l'enfant avait été reconnu par ses deux parents, car, à ce dernier point de vue, l'on avait assimilé l'enfant naturel à l'enfant légitime. Mais, quand il s'agissait de déterminer quelle était la nature de la tutelle, la doctrine, comme la jurisprudence, offrait l'exemple du désaccord le plus fâcheux.

a) *Nature de la tutelle exercée par la mère de l'enfant naturel.* — A quel titre la mère naturelle pouvait-elle, dans les circonstances que nous venons de déterminer, gérer la tutelle de son enfant ? Le faisait-elle à titre de tutrice légale ou de tutrice dative ?

Dans un premier système qui avait pour lui un certain nombre d'auteurs (2) et l'autorité qui s'attache aux premières décisions de la jurisprudence (3), la tutelle

1. Loiseau, *Des enfants natur.*, p. 537. — Magnin, *Des minorités*, n° 502. — Delvincourt, I, p. 107, note 1. — Vazeilles, *Du mariage*, II, p. 274. — Chardon, *Puiss. patern.*, n° 82 et suiv. — Aubry et Rau, VI, § 571, p. 213. — Dalloz, *Jur. gén.* V° Minorité, p. 235, n° 686; *Jur. gén. Supp.*, t. X. V° Minorité, p. 762, n. 638. — Nouveau Code civil annoté ; Dalloz, art. 390, n. 20.

2. Cf. Baudry-Lacantinerie et Cheneaux.

3. Poitiers, 1^{er} août 1870. D. 71.2.56 ; S. 71.2.214. — Alger, 17 mars 1875. S. 75.2.176. — Paris, 9 nov. 1893. D. 95.2.498 ; S. 01.2.105, en note. — Alger, 11 janvier 1900 (motifs). D. 02.2.476. — Cf. Cass. Ch. crim., 20 avril 1850. D. 50.5.217 ; S. 50.1.702 et 16 mars 1893 ; D. 94.1.199 ; S. 94.1.304. — Cass. req., 22 déc. 1874. D. 75.1.316.

de la mère de l'enfant naturel était au même titre que celle qui aurait pu être accordée au père, une tutelle légale soumise dans ses grandes lignes à toutes les règles de la tutelle de la mère légitime. Comme arguments, l'on invoquait tout d'abord la nécessité qu'il y a d'assurer une protection d'autant plus efficace à un enfant naturel, que son sort est le plus souvent à plaindre. Sa venue, presque toujours mal accueillie, n'incite pas les parents à l'entourer, comme l'enfant légitime, de tous les soins dont il pourrait avoir besoin.

Enfin, à côté de ces raisons d'ordre moral, l'on invoquait l'autorité même du Code. L'argument était basé sur de grandes raisons d'analogie. Puisque, disait-on, en matière de mariage l'article 159, pour l'exercice de la puissance paternelle l'article 383, et au titre des successions, les articles 756, 757, 758 règlent le sort des enfants naturels sur des principes identiques à ceux admis pour les enfants légitimes, il n'y a aucune bonne raison de ne pas appliquer aux enfants naturels les règles de la tutelle légitime dans tout ce qui est compatible avec leur situation particulière. L'on faisait encore valoir que : l'article 765 ayant accordé aux père et mère naturels un droit de successibilité sur les biens de leurs enfants, la loi devait nécessairement leur accorder, et l'administration légale des biens, et la tutelle sur la personne de ces enfants selon la règle *ubi est emolumentum successionis, ibi est onus tutelæ esse debet*. A ces divers arguments, l'on opposait, dans l'autre

opinion, soutenue par un grand nombre d'auteurs (1) et la jurisprudence la plus récente (2), le silence le plus complet gardé par la loi sur cette question. « Ils venaient se briser contre cette objection décisive qu'il est impossible d'admettre une tutelle légale sans un texte qui la consacre (3) ». Et, l'on décidait, dans l'hypothèse d'une reconnaissance émanant de la mère seule ou encore de sa survie, au père naturel de l'enfant reconnu, qu'elle ne pouvait exercer la tutelle qu'à titre de tutrice dative.

B. — *Particularités de la tutelle de la mère
d'un enfant naturel*

Nous allons poursuivre l'étude de la tutelle de la mère naturelle sous l'empire du Code civil, en examinant successivement, de ce point de vue spécial, chacune des particularités qui caractérisent la tutelle de la mère de l'enfant légitime.

1° *Nomination d'un conseil de tutelle.* — La pre-

1. Richefort, *État des fam. légit. et natur.*, II, n. 275. — Valette sur Proudhon, II, p. 290. — Duranton, III, n. 431. — Marcadé, II, n. 180. — Demante, II, n. 138 bis. — Massé et Vergé sur Zachariæ, I, § 207, note 20. — Demolombe, VIII, n. 384. — Arntz, I, n. 697. — Planiol, I, n. 1816.

2. V. notamment : Rennes, 9 janv. 1867, *Jur. gén. Suppl.* V. cit., n. 638. S. 67.2.135. — Nîmes, 15 févr. 1887. *Jur. gén. Suppl., loc. cit.* S. 87.2.172. — Paris, 28 juillet 1892. D. 92.2.514 ; S. 93.2.24. — Paris, 17 mars 1897. D. 97.2.216. ; S. 01.2.105 et la note. — Caen, 14 déc. 1896. D. 98.2.355 ; S. 97.2.37. — Cass., 16 nov. 98. D. 99.1.218 ; S. 99.1.24. — Nancy, 25 nov. 1905. D. 06.2.260.

3. Baudry-Lacantinerie et Cheneaux, t. V, n. 651, p. 671.

mière conséquence (1) que l'on tirait de la doctrine, qui admettait sous l'empire du Code que la mère était tutrice légale, c'était de reconnaître au père naturel de l'enfant reconnu le droit de nommer un conseil de tutelle à la mère survivante. Quel fondement donnait-on à ce droit? L'on ne pouvait le fonder sur l'autorité qu'a naturellement le père comme chef de famille sur sa femme et sur ses enfants, l'on avait autre chose. Nous ne trouvons pas d'autre explication que la suivante, qui nous servira d'ailleurs à légitimer la solution identique apportée à cette question par la loi de 1907 : le père exerçant la puissance paternelle en même temps que la tutelle légale sur son enfant, de préférence toujours à la mère (système du Code civil), pouvait, comme conséquence de son droit d'administration légale, nommer un conseil à la mère, lorsqu'il la jugeait incapable.

2° *Nomination d'un curateur au ventre.* — La question de savoir s'il était possible de nommer un curateur au ventre à la mère ne se posait naturellement pas pour ceux qui ne reconnaissaient pas à la tutelle maternelle le caractère de tutelle légale. Mais, aux yeux des autres, cette mesure offrait-elle quelque utilité? Nous savons qu'en matière de tutelle légitime cette mesure s'est imposée dans le but d'éviter certaines fraudes toujours possibles. Mais, en notre matière, avons-nous à

1. V. sur ce point en sens divers : Loiseau, *Des enfants natur.*, p. 539. — Dalloz, *Jur. gén.* V^o Minorité, n^o 696. — Aubry et Rau, VI, § 571, texte et note 14. — Dalloz, *Jur. gén. Supp.*, t. X. V^o *loc. cit.*, p. 764, n^o 641. — Nouveau Code civ. annoté, Dalloz, art. 391.

les craindre ? Ces fraudes seront toujours possibles si nous nous plaçons dans l'hypothèse d'un père naturel prédécédé, qui aurait reconnu l'enfant pendant la gestation de la mère.

Sous l'empire du Code civil, le conseil de famille devait procéder à la nomination de ce conseil, pour le plus grand intérêt de l'enfant, afin d'empêcher la mère, au cas où elle pourrait y être tentée, de commettre une suppression de part.

Dans l'hypothèse ici prévue, il faut supposer que le père aurait nommé la mère sa légataire universelle, ou encore qu'il lui aurait fait une donation considérable, réductible peut être aux termes de la loi du 25 mars 1896 pour atteinte à la réserve.

3° Droit de la mère de refuser la tutelle. — Nous avons vu (1) qu'en matière de tutelle légitime, l'article 394 lui reconnaît formellement le droit de refuser la tutelle. Pouvait-on, par voie d'analogie, avant la loi du 2 juillet 1907 qui admet au contraire une disposition tout opposée, reconnaître à la mère de l'enfant naturel le droit de décliner la tutelle sans être obligée de fournir de motif ? Les recueils d'arrêts, ainsi que les auteurs sont muets sur ce point. Il semble que la question ne soit pas posée dans la pratique, et ce, pour une double raison, l'une de droit et l'autre de fait. Le motif juridique, c'est que l'on n'avait jamais été d'accord, sous l'empire de

1. Baudry-Lacantinerie et Cheneaux, n° 648, p. 667. — Cf. Cass., 10 nov. 1896. D. 99.1.209 et la note de M. L. Michel. S. 97.1.321 et la note de M. Tissier.

l'ancienne législation, sur la nature de la tutelle déferée à la mère de l'enfant naturel même. Dans ces cinquante dernières années, la grande majorité des auteurs et une notable partie de la jurisprudence considéraient la tutelle exercée par le père ou la mère naturels, comme une tutelle dative et non comme une tutelle légale. Et il eût été hasardeux, pour ceux qui acceptaient la thèse contraire, en présence de cette opposition, de tirer une telle conséquence de la tutelle exercée par la mère. A ce motif, assez faible peut-être, venait s'ajouter un autre beaucoup plus sérieux : accorder à la mère de l'enfant naturel le droit de refuser la tutelle, c'était enlever à ce malheureux enfant toute possibilité d'avoir quelqu'un voulant s'occuper de lui. Et, quelle que pût être l'ignorance ou l'inexpérience de la mère en affaires, elle devait être et elle était certainement la première à ne pas vouloir abandonner la tutelle ou l'administration des biens de son enfant à quelque homme d'affaires trop avisé. Nous ne sommes donc pas surpris que, dans ces conditions, le droit de la mère naturelle de refuser la tutelle n'ait pas fixé l'attention de la doctrine et encore bien moins celle de la jurisprudence.

4° *Effets du mariage de la mère de l'enfant naturel sur sa capacité tutélaire.*— Dans la partie de notre travail consacrée aux effets du convol de la mère légitime nous avons eu soin d'en distinguer deux sortes : ceux qui affectent sa capacité tutélaire, en matière de tutelle légale, et ces mêmes effets au point de vue de sa capacité de nommer un tuteur testamentaire à ses enfants mineurs.

Nous conserverons cette même division dans l'étude de la capacité de la femme, mère d'un enfant naturel qui viendrait à se marier par la suite, est-il besoin de préciser, avec un autre que le père naturel de l'enfant ?

a) *Effets du mariage de la mère naturelle sur son aptitude à conserver la tutelle.* — Les articles 395 et 396 dont il s'agit de déterminer ici l'application sont la conséquence normale de la tutelle légale de la mère légitime. Aussi les auteurs qui reconnaissaient ce caractère à la tutelle exercée par la mère de l'enfant naturel ne faisaient-ils aucune difficulté pour étendre à la mère naturelle les dispositions restrictives des articles 395 et 396 précités.

Nous pouvons résumer toute leur argumentation dans cette citation que nous empruntons à Loiseau (1). « Si cette extension n'est pas dans le texte, il nous semble qu'elle est dans le vœu de la loi, attendu que toutes les dispositions tendent à assurer à l'enfant naturel la même protection qu'à l'enfant légitime, pourvu que cette protection ne porte aucune atteinte à la dignité et à l'honneur du mariage. »

Dans la thèse adverse, il nous aurait semblé tout naturel que les partisans de la tutelle dative refusassent complètement ce droit à la mère. Cependant, et voici qui montre bien l'incohérence qui régnait autrefois en toute cette matière, dans la doctrine comme dans la jurisprudence, certains auteurs (2), partisans de la tutelle

1. Loiseau, *op. cit.*, p. 539.

2. Demolombe, t. VIII, n° 387 et suiv. — A Simon, p. 104 et suiv.

dative, imposaient à la mère de l'enfant naturel mariée l'obligation de se soumettre à des prescriptions édictées en faveur de l'enfant légitime. Mais, avant d'exposer leurs arguments, examinons les raisons invoquées par les auteurs opposés à la doctrine de la tutelle légale, qui par conséquent repoussaient l'extension donnée aux articles 395 et 396. Ils se basaient sur l'emploi par le législateur des expressions « remariage », « second mari », ou encore « nouveau mari » pour écarter toute possibilité d'appliquer ces articles à la mère de l'enfant naturel contractant mariage. C'est en s'appuyant sur cette interprétation toute littérale que MM. Baudry-Lacantinerie et Cheneaux exprimaient l'opinion suivante (1) : « Les textes dont il s'agit édictent des déchéances et des obligations légales. A ce double titre, ils devraient être interprétés d'une manière restrictive. Or, ils supposent un *nouveau mariage* contracté par la mère, ce qui ne peut s'entendre que de la mère légitime seulement. »

Quant aux arguments invoqués par les partisans de la tutelle dative, qui admettaient cependant l'application des articles 395 et 396 à notre hypothèse, ils se ramenaient tous à cette idée qu'il fallait avant tout rechercher quel était le meilleur moyen d'assurer une protection efficace à l'enfant naturel. Or, dans l'hypothèse prévue, nous étions en présence d'une femme, ayant déjà un enfant naturel, qui venait à se marier avec un autre que le père naturel de cet enfant. Il est hors de

1. Baudry-Lacantinerie et Cheneaux, t. V, 3^e édit., n^o 656, p. 676 et avoir aussi des mêmes auteurs, t. IV, 2^e édit., n^o 374 *in fine*, p. 402.

doute que dans le plus grand nombre des cas, les sentiments du nouveau mari, et ceux même parfois de la mère, ne seront pas toujours empreints de la plus grande tendresse pour cet enfant, legs d'un passé douloureux.

N'y avait-il pas la plus grande nécessité de convoquer le conseil de famille pour lui permettre de décider, en toute connaissance de cause, s'il y avait lieu ou non de maintenir la mère dans l'exercice de la tutelle. C'était ce que l'on décidait avec raison, à notre avis, avant la loi de 1907. Et, les déchéances, qui en résultaient, étaient les mêmes que celles qui frappaient la mère légitime se remariant sans convoquer le conseil de famille. Nous ne jugeons pas nécessaire de les mentionner ici, nous renvoyons, une fois pour toutes, aux développements qui y sont consacrés dans la partie de notre travail ayant trait au convol de la mère légitime. Les quelques difficultés particulières qui pourraient se produire, et qui sont dues à la différence de situation, seront examinées lors de l'étude de la loi de 1907 qui admet l'assimilation, quant à ce point de vue, de la mère naturelle à la mère légitime.

b) *Effets du mariage de la mère naturelle sur son droit de nomination d'un tuteur testamentaire.* — Sous l'empire du Code civil, la solution de cette question était subordonnée à celle de la détermination de la nature de la tutelle exercée par le parent naturel survivant. Et l'on trouvait à nouveau aux prises les partisans de la tutelle dative et ceux de la tutelle légale. Pour les partisans de la tutelle dative, les articles 397 et suivants constituaient des mesures exception-

nelles (1), dont les dispositions ne pouvaient être étendues à des cas non formellement prévus par la loi. En dehors de cet argument de texte, que nous connaissons bien, puisqu'il revient à propos de chaque particularité de la tutelle de la mère naturelle, l'on faisait valoir un autre motif, c'est que ce droit, sans se confondre avec le droit d'administration légale est cependant une prérogative qui en découle. Marcadé (2) en conclut que la mère maternelle ne peut exercer le droit reconnu au dernier mourant par les articles 179 et suivants puisqu'elle n'a pas l'administration légale.

Dans le système opposé, celui de la tutelle légale, on considérait la tutelle testamentaire comme le prolongement de la tutelle légale ; et à ce titre, disait-on (3), la mère pouvait bien jouir de ce droit, puisque l'article 397 rédigé en termes généraux ne parle ni de mariage, ni d'époux, ce qui permettait d'en étendre le bénéfice à l'enfant naturel. Mais, à côté de cette raison assez faible, on en invoquait une autre, à notre avis, bien meilleure, l'intérêt même du mineur à recevoir un tuteur testamentaire de sa mère plutôt que d'accepter du conseil de famille, composé entièrement d'indifférents et d'étran-

1. Demolombe, t. VIII, n° 386. — Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 585, p. 415. — Massé et Vergésur Zachariæ, § 208, note 12, p. 412. — Planiol, t. I. — Marcadé, n° 188, p. 198. — Baudry et Cheneaux, t. V, n° 658, p. 680. — A Simon, p. 110 et suiv. — Nîmes, 15 février 1887. S. 87. 2172.

2. T. II, n° 181, p. 191 et 192.

3. V. Laurent, t. IV, n° 416, p. 528 et les autres auteurs : Cubain, n° 85. — Toullier, t. II, p. 22. — Maguin, t. II, n° 503. — Vigié, t. I, n° 736. — Aubry et Rau, t. VI, § 571, texte et note 17, p. 214.

gers, un tuteur datif qui, pour le moins, ne s'intéressera pas à son sort. En effet, avant la loi de 1907, le conseil de famille de l'enfant naturel, établi sur le modèle de celui de l'enfant légitime, ne comprenait le plus souvent que des étrangers, puisque cet enfant n'a pas d'autres parents que ses père et mère, et frères et sœurs naturels, sans parler de l'ostracisme qui frappait la sœur incapable en tant que femme, d'être tutrice testamentaire, ou dative même de son frère naturel.

SECTION II

DE LA TUTELLE DE LA MÈRE NATURELLE DEPUIS LA LOI DU 2 JUILLET 1907

Au cours de notre exposé relatif à la tutelle maternelle de l'enfant naturel sous le régime du Code civil, il nous est arrivé à l'occasion de chaque question de rencontrer une controverse. Cela était dû, comme nous l'avons indiqué, au silence gardé par le législateur de 1884, sur l'organisation de la tutelle des enfants naturels.

La doctrine et la jurisprudence étaient profondément divisées sur chaque point alors, que l'intérêt bien compris du mineur comportait l'unité de vues la plus complète dans les mesures de protection à prendre en sa faveur. Aussi, le besoin se faisait-il de plus en plus sentir d'une intervention de la loi pour trancher toutes ces controverses, intervention d'autant plus nécessaire que la loi de 1896, en conférant à l'enfant naturel la saisine et la réserve, et, à ses parents une vocation éventuelle à la

succession, créait des obligations et des droits nouveaux qu'il s'agissait de protéger efficacement.

Enfin, à notre époque, la mère naturelle ne peut plus jouer dans l'organisation de la tutelle un rôle aussi effacé que celui de la mère légitime, qui est toujours, dans la famille, la subordonnée de son mari, du père, par le seul fait du mariage. Car, indépendamment de la situation toute particulière faite à la mère naturelle, qui est en marge du mariage, et dont le législateur doit tenir grand compte, il y a également lieu pour lui de s'inspirer des transformations qui se sont produites dans les mœurs et qui ont été déjà consacrées en partie par la loi elle-même (1), dans la capacité juridique de la femme et dans son rôle dans la société.

Le problème se posait donc en toute son ampleur. Le législateur n'avait pas seulement quelques lacunes à combler, mais à organiser un statut juridique complet pour l'enfant naturel mineur, qui, autant dire, n'en avait pas jusque-là. De ces besoins de protection grandissants, de ces préoccupations nouvelles, est sortie la loi du 2 juillet 1907, *relative à la protection et à la tutelle des enfants naturels*.

Nous n'avons pas à en faire ici l'historique (2), ni une

1. Lois diverses qui ont toutes pour objet une augmentation de capacité chez la femme et dont la plus récente est celle du 13 juillet 1907 relative au libre salaire de la femme mariée.

2. Projet déposé au nom du gouvernement, par le garde des Sceaux, à la séance du Sénat du 29 novembre 1901. Exposé des motifs, *Journ. off. Doc. parlem. Sénat*, session extraord., 1901, p. 430, annexe n° 429. — Renvoi du projet à la commission chargée d'examiner une proposition de M. Girard, relative à la tutelle des enfants naturels. — Rapport

tude d'ensemble ; nous ne traiterons que de celles de ses dispositions ayant trait à la capacité et aux pouvoirs de la mère, par opposition à ceux du père naturel.

Quant au plan à suivre, ce sera celui que nous avons adopté au cours de ce même chapitre, dans la section I, consacrée à la tutelle maternelle sous l'empire du Code civil. Nous pensons gagner de la sorte en clarté ; et nous nous efforcerons, dans la mesure du possible, d'éviter les redites, car, c'est là l'écueil d'un pareil procédé.

présenté par M. Girard, au nom de cette commission, séance du Sénat du 21 janvier 1902. *Journ. off. Doc. parlam. Sénat, sess. ord.*, p. 42, annexe n° 13. — Adoption par le Sénat du projet, modifié sur un contre-projet de M. Legrand ; séance du 16 juin 1902, *Journ. off. du 18. Débats parl. Sénat*, p. 825. — Transmission du projet à la Chambre des députés, le 8 juillet 1902. — Exposé des motifs, *Journ. off. Doc. parlam. Chambre, sess. ordin.*, 1902, p. 775, annexe n° 237. — Rapport présenté par M. Pradet-Balade, au nom de la commission, séance de la Chambre des députés du 7 décembre 1905, *Journ. off. Doc. parlam. Chambre, sess. extraord.*, 1905, p. 405, annexe n° 2717. — N'ayant pas été mis à l'ordre du jour en temps utile le projet ne fut pas discuté ; il fut présenté de nouveau par le gouvernement, à la Chambre des députés, le 12 juin 1906. — Exposé des motifs, *Journ. off. Doc. parlam. Chambre, sess. ordin.*, 1906, p. 496, annexe n° 42. — Rapport de M. Chastenet, *Journ. off. Doc. parlam. Chambre, sess. ordin.*, 1907, p. 275, annexe n° 907. — Déclaration d'urgence et adoption sans discussion par la Chambre des députés, le 23 mai 1907, *Journ. off. Débats parlam. Chambre*, 24 mai 1907. — Présentation au Sénat du projet adopté par la Chambre, séance du 30 mai 1907, et renvoi à la commission ; exposé des motifs, *Journ. off. Doc. parlam. Sénat, sess. ordin.*, 1907, p. 112, annexe n° 130. — Rapport de M. Girard, 18 juin 1907, *Journ. off. Doc. parlam. Sénat, sess. ordin.*, 1907, p. 139, annexe n° 164. — Déclaration d'urgence et adoption, sans discussion, le 25 juin 1907, *Journ. off. du 26. Débats parlam. Sénat*, p. 776. — Promulgation de la loi le 2 juillet 1907, *Journ. off. n° du 4 juillet 1907*.

§ 1. — *Des cas d'ouverture et de la nature de la tutelle
délivrée à la mère de l'enfant naturel*

Sous l'empire du Code civil, l'on discutait beaucoup sur la question de savoir, à quel moment s'ouvrait la tutelle de l'enfant naturel. La loi nouvelle a tranché définitivement cette première controverse, en donnant raison à ceux qui admettaient que la tutelle naturelle s'ouvrait au jour de la naissance de l'enfant. Cette solution est tout à fait rationnelle. Il ne saurait exister, en effet, aucune assimilation entre les situations respectives de l'enfant naturel et de l'enfant légitime. Celui-ci ne sera en tutelle que du jour du décès de ses père ou mère car, tous deux vivant, il trouve dans leur affection réciproque la meilleure des garanties contre les abus d'autorité de l'un ou de l'autre. Au contraire, pour l'enfant naturel, point n'est besoin d'insister sur le manque de protection qui lui est généralement offerte, ni de pousser plus loin la comparaison. C'est pourquoi l'on ne saurait attendre la mort du premier des deux parents au cas où il aurait été reconnu par ses pères et mère, soit simultanément, soit successivement. La solution adoptée qui fait partir la tutelle du jour de la naissance est donc la plus simple ; et ce sera la même pour tous les enfants illégitimes. Mais, dans la pratique, l'on continuera à procéder comme sous l'ancienne législation, l'on n'organisera la tutelle de l'enfant naturel que lorsque

le besoin s'en fera sentir : quand il aura recueilli un patrimoine.

Que décide maintenant le législateur moderne sur la nature juridique de cette tutelle ?

Nous ne devons pas oublier que c'était la plus importante de toutes les controverses qui divisaient autrefois la doctrine et la jurisprudence. En effet, de la nature juridique de cette institution découlait un certain nombre de conséquences importantes au point de vue des diverses particularités de la tutelle déférée à la mère naturelle.

Le nouvel article 389 nous dit que : « Celui des parents naturels qui exercera la puissance paternelle n'administrera toutefois les biens de son enfant mineur *qu'en qualité de tuteur légal*. » Il est hors de doute (1) que, pour le législateur, la tutelle légale des père et mère n'est, comme l'administration légale, qu'un des attributs de la puissance paternelle. Et, par voie de conséquence, nous en déduirons que toutes les fois que le parent qui exerce la tutelle aura perdu l'exercice de la puissance paternelle, il perdra du même coup la tutelle. Mais, la réciproque n'est pas vraie ; toutes les causes d'exclusion ou de destitution de la tutelle ne constituent pas autant de causes de déchéance de la puissance paternelle. Cependant, notons cette disposition très heureuse de la loi nouvelle : l'on ne pourra voir la tutelle exercée par l'un des auteurs naturels et la puissance paternelle par

1. V. en ce sens, Baudry et Cheneaux, t. V, n° 652, p. 672 et la note.

l'autre; car, le tribunal, faisant usage du pouvoir que lui confère l'alinéa 2 (1) (nouveau) de l'article 383, pourra confier la puissance paternelle à l'autre parent en même temps que la tutelle. Ce sera le plus sûr moyen d'assurer une unité complète de vues et de responsabilités dans l'exercice de la puissance tutélaire.

Signalons encore, comme autre disposition de cette loi, la possibilité pour la mère d'exercer seule la puissance paternelle et tutélaire à l'encontre même du père, si sa reconnaissance a précédé celle de ce dernier (2). C'est là une innovation considérable, car, sous l'empire du Code, l'on appliquait ce qu'on croyait être les principes généraux du droit civil français; et, du fait que deux personnes de sexe différent, ayant des droits égaux et identiques, se trouvaient en présence, l'on conférait une sorte de prééminence à l'homme vis-à-vis de la femme. C'était ainsi que, pour l'exercice de la puissance paternelle et de la tutelle, l'on préférait toujours le père à la mère, alors même qu'elle avait reconnu l'enfant la première. Cependant, il ne faudrait pas croire que la loi de 1907 a assimilé en tous points, la tutelle maternelle à celle du père; les diverses particularités que nous avons rencontrées au cours de cette étude au chapitre des enfants légitimes, et celles qui étaient admises

1. Art. 383, alinéa 2 : « Le tribunal peut, toutefois, si l'intérêt de l'enfant l'exige, confier la puissance paternelle à celui des parents qui n'en est pas investi par la loi ».

2. Art. 383, alinéa 1 : « La puissance paternelle sur les enfants légalement reconnus est exercée par celui de leurs père et mère qui les aura reconnus le premier; en cas de reconnaissance simultanée par le père et la mère, le père seul exerce l'autorité attachée à la puissance paternelle, le survivant en est investi de plein droit ».

encore sous l'empire du Code, pour la mère naturelle, n'ont point disparu, commé nous allons le voir.

§ 2. — *Particularités de la tutelle exercée
par la mère de l'enfant naturel.*

Le législateur de 1907, après avoir décidé dans l'alinéa 2 du nouvel article 389 que les attributions du conseil de famille seraient dévolues au tribunal (2), arrive à la question des droits et obligations de la mère naturelle tutrice et, dans l'alinéa 5 (nouveau), il pose, en principe général, que toutes les dispositions relatives à la tutelle des enfants légitimes « sont applicables à la tutelle des enfants naturels mineurs, à l'exception des articles 394 et 402 à 416 ».

Nous n'avons, dans ces conditions, qu'à passer successivement et brièvement en revue chacune des particularités de la tutelle maternelle dans leur application à la mère tutrice naturelle.

1° *Nomination d'un conseil de tutelle à la mère.* — Il semble, à première vue, que les dispositions de l'article 391 qui confèrent au père naturel les mêmes droits qu'au père légitime soient, *mutatis mutandis*, d'une application on ne peut plus facile. Il n'en est pas cependant tout à fait ainsi. Cette difficulté que nous allons nous efforcer de résoudre ne tient pas à la différence

2. Organisation qu'on nomme la *haute tutelle* ou tutelle déférée à l'autorité publique.

de situation, mais à une singularité de la loi nouvelle. L'article 389 (nouveau) ayant posé en principe que celui-là seul des deux auteurs exercera la tutelle et la puissance paternelle qui aura le premier reconnu l'enfant, il ne fait pas de doute que le père qui aurait reconnu l'enfant postérieurement à la mère ne pourra user du droit dévolu au père prémourant par l'article 391. Mais là où surgit une controverse, c'est au cas où le tribunal usant des pouvoirs à lui conférés par l'article 383, alinéa 2, aurait confié à la mère la tutelle avec l'exercice de la puissance paternelle après la destitution, par exemple, du père de la tutelle.

Dans cette hypothèse, le prémourant pourrait-il nommer un conseil de tutelle à la tutelle. Dans un premier système d'interprétation toute littérale, l'on soutient qu'en présence du renvoi formel fait par l'article 389 à l'article 391, sans réserve aucune, il y a lieu d'appliquer purement et simplement l'article 391, et, en conséquence, de décider que le père prémourant n'étant pas déchu de la puissance paternelle pourra user du droit de nommer un conseil de tutelle à la mère.

Nous considérons que cette opinion doit être écartée et nous préférons l'autre système, qui fait prévaloir l'esprit véritable du texte sur la lettre. Nous nous rangeons ainsi à l'avis exprimé par MM. Baudry-Lacantinerie et Cheneaux.

« Les articles 391 et 392 ne peuvent avoir leur application que dans les cas où, au moment de son décès, le père a l'administration des biens de ses enfants en

qualité de tuteur légal, comme conséquence de la puissance paternelle dont il a l'exercice. »

A part cette difficulté, ainsi résolue, il nous semble que l'application intégrale des articles 391 et 392 n'offre plus le moindre embarras.

2° *Nomination d'un curateur au ventre.* — Nous avons déjà vu que, sous l'empire du Code, un parti (1) considérable dans la doctrine et dans la jurisprudence admettait l'extension à la mère naturelle des dispositions de l'article 393. C'est cette solution que la loi a consacrée.

3° *Droit pour la mère de refuser la tutelle.* — L'article 389 dans son alinéa 5 (nouveau) déclare expressément que la mère naturelle ne peut renoncer à la tutelle. Nous avons expliqué précédemment (2) que cette question ne s'était guère posée en pratique, sous le régime du Code civil ; et nous n'avons pas caché que nous étions d'avis, dans le silence complet du Code, de ne pas appliquer l'article 394. Cette solution, qui pouvait paraître hasardeuse sous l'ancienne législation, se trouve être celle adoptée, à bon droit, par le législateur de 1907. « Il lui a paru nécessaire et conforme à l'intérêt de l'enfant de ne pas laisser la mère naturelle libre d'accepter ou de refuser la tutelle. L'enfant légitime dont la mère n'a pas cru devoir être tutrice, pourra en effet avoir un tuteur offrant toutes les garanties d'affection et de désintéressement, mais si la mère naturelle a seule

1. Les partisans de la tutelle légale de la mère naturelle.

2. V. p. 104.

reconnu l'enfant, un étranger à cet enfant pourra-t-il vraiment le remplacer (1) ? »

A ces raisons s'ajoute une considération juridique très importante. Le législateur moderne, considérant le droit d'exercer la tutelle comme un attribut de la puissance paternelle (2), n'a pas cru devoir les séparer ici, ce qui arriverait si la mère pouvait décliner la tutelle. C'est d'ailleurs la même solution que nous avons rencontrée (3) à l'occasion de l'article 338 (nouveau), alinéa 5.

4° *Effets du mariage de la mère sur sa capacité tutélaire.* — La loi nouvelle (art. 389 modifié, alinéa 3) en ne comprenant pas les articles 395 et 396, et les articles 397 à 400, qui visent deux hypothèses différentes, parmi les textes qu'elle déclare inapplicables à la tutelle des enfants naturels, a voulu que les dispositions des articles précités fussent étendues à la mère naturelle tutrice.

Le législateur, ici encore, a consacré l'opinion qui était admise par un certain nombre d'auteurs et une partie de la jurisprudence, et qui était fondée sur les motifs mêmes des articles 395 et 396.

Nous savons que le mariage de la mère naturelleroduit une double série de conséquences, soit au point de vue de sa capacité tutélaire ordinaire, soit au point de vue de son droit de nommer un tuteur testamentaire à ses enfants mineurs.

1. Exposé des motifs. Docum. parlam. Sénat, 1901, annexe 429, p. 430.

2. Dans notre sens, MM. Baudry et Cheneaux, n° 654 *in fine*, p. 686.

3. Cf. ci-dessus, p. 114.

Nous ne jugeons pas nécessaire de recommencer l'examen séparé de chacune de ces questions. La loi nouvelle n'apporte aucune modification aux principes antérieurs, sur lesquels l'on s'appuyait pour résoudre, dans le sens de l'affirmative, les modifications apportées à la capacité tutélaire de la mère du fait de son mariage.

Nous ne pouvons cependant passer sous silence une réforme considérable introduite dans le droit français, par la loi de 1907, et qui a sa répercussion sur la tutelle testamentaire. Cette modification a été réalisée, non pas dans les textes dont nous poursuivons en ce moment l'analyse, mais dans l'article 442 du Code par l'adjonction à son alinéa 3 des mots : « Sauf en ce qui concerne la tutelle des enfants naturels. »

L'article 442 décidait, autrefois, que la femme, sauf la mère (ou l'ascendante pour l'enfant légitime) ne pouvait jamais être tutrice ou membre d'un conseil de famille. Cette inégalité basée sur la différence de sexe a complètement disparu, du moins en ce qui concerne la tutelle des enfants naturels. Dorénavant, la mère qui voudra exercer conformément à l'article 397 son droit de nommer un tuteur testamentaire à ses enfants, pourra choisir sa propre mère, ou telle autre personne de sa famille, tante ou sœur, qu'elle jugera le plus capable de s'acquitter des fonctions de tuteur ; et le tribunal, au cas de tutelle dative, jouira également de la même latitude dans le choix du tuteur.

Le législateur justifie la solution nouvelle, dans son exposé des motifs, de la façon suivante : « L'expérience

enseigne, en effet, que, le plus souvent, les enfants naturels sont confiés aux soins d'une femme qui les prend en affection. Pourquoi, en pareille hypothèse, ne pas attribuer la tutelle à celle qui, seule peut-être au monde, a témoigné à l'enfant un intérêt constant (1). »

Par cette disposition nouvelle, très heureuse, à notre avis, au point de vue des intérêts du mineur qu'il importe d'examiner ici, le législateur français moderne a considérablement augmenté la capacité tutélaire de la femme. Et quand on aura étendu, ce qui ne saurait trop tarder (2), à la mère légitime le principe nouveau de la capacité complète de la femme à gérer la tutelle, l'on pourra dire qu'elle aura vécu cette antique règle que nous avons rencontrée au Code de Justinien :

Tutelam administrare virile munus est, et ultra sexum feminæ infirmitatis tale officium est (3).

1. Annexe au procès-verbal de la séance du 29 novembre 1901. Sénat, année 1901, session extraordinaire, n° 429, p. 6 *in fine* et 7.

2. Une proposition de loi en ce sens a d'ailleurs été déposée à la Chambre le 25 juin 1908 par MM. de Castelnau, de Gailhard-Bancel, Plon et Grousseau, députés ; elle contient l'article suivant : « Les femmes sont aptes à faire partie du conseil de famille et à être investies de toutes tutelles ou curatelles. Néanmoins la femme mariée ne pourra être nommée tutrice ou curatrice qu'avec l'autorisation de son mari ou, à défaut, celle de justice, sans que l'autorisation donnée par le mari puisse, à elle seule, rendre ce dernier personnellement responsable des suites de la tutelle ou de la curatelle. »

3. C. L. *Quando mulier tutelæ officio fungi potest*, 35, 1.

TROISIÈME PARTIE

LA TUTELLE MATERNELLE EN DROIT COMPARÉ

CHAPITRE UNIQUE

Nous ne prétendons pas procéder, dans les pages qui vont suivre, à une étude complète de la tutelle maternelle en droit comparé, ce qui sortirait par trop du cadre de notre travail.

Nous nous bornerons à présenter un rapide aperçu des solutions admises par quelques autres législations, différentes, à ce point de vue, de la législation française, telles que celles de l'Italie et de l'Allemagne ; et, enfin, nous terminerons ce court exposé par quelques indications sur la législation roumaine. Forcé de nous restreindre, nous avons choisi à dessein le droit civil italien et le droit civil allemand pour mieux marquer la comparaison à laquelle nous allons nous livrer. Le Code civil italien, promulgué en 1865, et dégagé de l'influence du Code civil français et le Code allemand promulgué en 1896 et devenu exécutoire depuis le 1^{er} janvier 1900, est, quoique naturellement d'inspiration germanique,

tout imprégné des idées modernes. Le nouveau Code civil allemand offre cette particularité qu'il est le prototype (1) des codes qui admettent la tutelle de l'autorité publique ou *haute-tutelle*, tandis que le Code français, et, à sa suite, les Codes italien et roumain, offre le premier modèle des codes donnant la prépondérance à la famille, tutelle de la famille, venue du droit romain.

SECTION I

TUTELLE MATERNELLE EN DROIT ITALIEN

La législation italienne, comme nous l'avons laissé entendre, rentre au point de vue de la tutelle dans l'un des deux grands groupes (2) entre lesquels se répartissent les législations de l'Europe.

Mais le Code italien a subi une évolution profonde, et quoique admettant le principe de la tutelle de la famille, ses particularités sont très marquées, si on le compare aux Codes français et roumain.

TUTELLE LÉGITIME

Tout d'abord, au point de vue de la question qui nous occupe, car nous nous attacherons, dans la mesure du possible, à suivre toujours le même plan, sur les causes d'ouverture de la tutelle maternelle légitime, signalons la caractéristique suivante : « La tutelle des mineurs ne

1. V. Lehr, *la Tutelle des mineurs et les conseils de familles dans le Recueil de l'Université de Lausanne*, 1896.

2. V. Lehr, *op. cit.*

s'ouvre que quand le père et la mère sont tous deux décédés ou incapables (1). » La mère a pour remplir ses devoirs d'éducatrice de ses enfants des droits de puissance « parentale » (2) et non de tutelle.

En ce qui a trait aux diverses particularités de la tutelle de la mère, commençons par le droit que la loi française reconnaît au père de nommer un *conseil de tutelle* à la mère. Le Code civil italien article 233 reconnaît ce même droit au père et il « paraît lui concéder encore plus largement la faculté de restreindre le droit d'éducation de la mère » (3). Mais la mère peut s'adresser à la *haute-tutelle*, au préteur (art. 235, al. 2), pour être dispensée des conditions que lui impose le père.

Remarquons, à l'avantage de l'Italie, et à l'opposé de ce qui se passe en France, que la mère a des pouvoirs d'administration beaucoup plus étendus ; ainsi que nous l'avons dit, elle succède aux droits de la puissance parentale du père et n'est pas tutrice.

Mais le Code civil italien (art. 326) n'a pas su reléguer parmi les reliques du passé l'institution de la *curatelle au ventre* (4)

Quant au *droit de refuser la tutelle* (art. 393) que le Code civil français confère à la mère légitime, ce droit ne saurait exister en Italie. C'est la conséquence du système qui donne pour point de départ à la tutelle le décès

1. V. Lehr, *op. cit.*, p. 21 *in fine*.

2. Expression nouvelle empruntée au nouveau Code civil allemand, V. la thèse Gastambide.

3. Gastambide, *l'Enfant devant la famille*.

4. Le Code civil roumain ne connaît plus de curateur au ventre.

ou l'incapacité des deux parents. Cependant notons que l'article 273 du Code italien classe les femmes *qui peuvent être tutrices* parmi les personnes ayant la faculté de se faire dispenser d'assumer ou de continuer l'exercice de la tutelle.

Le Code civil italien dans ses articles 237, 238 et 239, adopte un système identique à celui du Code français (art. 395 et suiv.), il impose donc à la mère qui se remarie l'obligation de convoquer le conseil de famille ; il prévoit la même sanction pour la mère, et les mêmes conséquences en ce qui concerne le second mari. Remarquons toutefois les deux réserves introduites par la loi italienne.

La première (art. 237, al. 2) c'est que l'autorité publique (le préteur) pourra imposer à la mère, à elle seule, certaines conditions relatives à l'éducation des enfants. Quant au droit d'usufruit légal, et c'est là la seconde restriction mais commune aux deux époux, ce droit est perdu par le remariage de l'un quelconque des deux parents. Nous considérons cette solution comme beaucoup plus heureuse que celle du Code français qui confère maintenant (depuis la loi de 1906) un droit égal au père et à la mère remariés, à l'usufruit légal des biens de leurs enfants mineurs.

Nous pouvons terminer l'examen de ces particularités en signalant qu'il n'existe pas, ce nous semble, de restriction à la capacité de la mère légitime de nommer un tuteur testamentaire à ses enfants, dans tous les cas où elle a conservé l'exercice de la puissance paternelle.

Aucun article analogue à l'article 400 du Code civil français !

TUTELLE NATURELLE

La législation italienne rentre dans le groupe des législations qui reconnaissent une égalité théorique entre les père et mère naturels, tout en accordant toutefois une certaine prépondérance au père, au cas où ses droits seraient en concurrence avec ceux de la mère (art. 185).

Sur la nature de cette tutelle, le législateur italien plus précis que celui de 1804 lui confère bien la qualité de tutelle légale. Mais, quand il s'agit de déterminer le fonctionnement de cette tutelle, le Code italien se borne à un renvoi aux articles 221 à 227 et 233 du même Code qui sont relatifs à la puissance paternelle.

En résumé, avec une bonne volonté sans doute meilleure que celle du législateur français, le législateur italien n'a pas résolu davantage cette importante question de la tutelle des enfants naturels ; et, à ce point de vue, le droit italien est aussi incomplet et incertain que l'était le droit français avant la loi du 2 juillet 1907.

SECTION II

TUTELLE MATERNELLE EN DROIT ALLEMAND

La caractéristique du droit tutélaire allemand est la prépondérance donnée à l'autorité publique, en l'espèce les tribunaux de tutelles. C'est tout l'opposé du système

français, italien ou roumain, en somme latin, de la tutelle de la famille.

Examinons successivement, pour commencer, chacun des points particuliers de la tutelle légitime, puis, ensuite ceux de la tutelle naturelle.

TUTELLE LÉGITIME

Le nouveau Code civil allemand a adopté en ce qui concerne l'ouverture de la tutelle un système analogue au Code italien, et par conséquent opposé au système français. Il n'y a pas de tutelle dévolue au survivant des père et mère. Il existe une puissance « parentale » exercée pendant le mariage par le père et, à son prédécès, elle passe à la mère. Quant aux différentes causes (absence, divorce, incapacité physique du père, etc.) susceptibles de donner ouverture, en droit français, à la tutelle de la mère, elles ont pour effet, en droit allemand (art. 1684), de faire passer la puissance parentale du père à la mère. Remarquons toutefois qu'en droit allemand l'organe de la haute-tutelle, le tribunal aura à intervenir dans ces différentes hypothèses pour contrôler la mère.

Particularités de la tutelle maternelle

a) *Conseil de tutelle.* — Le Code allemand (1) a emprunté au droit français le système du conseil de tutelle, mais

1. Nouveau Code civil allemand, articles 1687 à 1796.

il y a introduit quelques innovations très heureuses. C'est ainsi que la *haute-tutelle*, le tribunal, peut (1) comme le pourrait le père lui-même, choisir un conseil de tutelle à la mère survivante et que cette dernière, elle-même, peut en faire la demande (art. 1687, al. 2). Enfin l'intervention du conseil n'est pas limitée aux seuls actes d'administration ; il doit assister encore la mère dans l'éducation de l'enfant.

b) *Nomination à la mère d'un curateur au ventre.* — Le Code civil allemand n'a pas conservé la vieille institution romaine du curateur au ventre. Ce Code prévoit un seul cas (2) où l'on pourrait en nommer un, c'est celui dans lequel la mère ne serait pas appelée à exercer la puissance parentale sur l'enfant à naître.

c) *Droit pour la mère de refuser la tutelle.* — Le droit allemand, qui se montre, en général, plus favorable aux femmes que le droit français, ne prévoit pas l'hypothèse spéciale du refus de la mère, mais il lui accorde le droit de se faire dispenser de la tutelle (art. 1787), car les femmes ne sont pas, en principe, exclues de la tutelle.

d) *Effets du convol de la mère sur sa capacité tutélaire.* — Nous allons rencontrer maintenant une des dispositions les moins justifiées du droit allemand, et que l'on ne peut s'empêcher d'être surpris de trouver dans cette législation.

1. Nouveau Code civil allemand, article 1687, al. 1 et 3.

2. Art. 1912, Code civil allemand. — « L'enfant conçu reçoit un curateur pour la conservation des droits éventuels, ce soin appartient cependant au père ou à la mère, lorsque l'enfant, s'il était déjà né, se serait trouvé sous la puissance parentale. »

Le Code civil allemand (art. 1697) (1) se montre ici, sans raison plausible, à notre avis, beaucoup plus sévère que le Code français ; la mère seule est, au cas de convol, déchuë de la puissance parentale. Nous pensons qu'il aurait suffi, comme l'admet le Code italien, de lui enlever l'usufruit légal des biens de ses enfants mineurs. Le Code italien est le seul qui ait solutionné équitablement la question du convol de la mère, en se plaçant uniquement au point de vue des intérêts de l'enfant.

Quant aux conséquences de cette déchéance sur la capacité de la mère de nommer un tuteur testamentaire, l'article 1777, alinéa 1 *in fine*, y répond : « la mère perd ce droit par son mariage. »

TUTELLE NATURELLE

Au point de vue de la situation juridique de la mère naturelle, le Code allemand se place dans le groupe des codes créant un système d'inégalité marquée, entre les père et mère naturels, qui est tout au profit de la mère. L'article 1795 de ce Code nous dit : « L'enfant naturel, dans ses rapports avec sa mère et les parents de sa mère, a la situation juridique d'un enfant légitime. » C'est la caractéristique fondamentale de ce droit quand on le compare aux droits latins, français et italien plus particulièrement, qui ont une tendance à vouloir rat-

1. Art. 1697. — « La mère perd la puissance parentale lorsqu'elle se remarie. Elle conserve cependant avec les restrictions indiquées à l'article 1696 le droit et le devoir de prendre soin de la personne de l'enfant ».

tacher, de gré ou de force, l'enfant naturel à ses père et mère, et à lui constituer une famille à l'instar de la famille légitime.

Cependant, il ne faudrait pas croire que le Code allemand, après cette assimilation de l'enfant naturel reconnu à l'enfant légitime, vis-à-vis de sa mère naturelle, confère à celle-ci des droits aussi étendus que ceux qui appartiennent à la mère légitime. Nous arrivons à la deuxième caractéristique de cette tutelle : elle est *toujours dative*, à l'opposé de ce qui est admis en droit italien (art. 184) et en droit français (loi de 1907).

C'est le tribunal de la tutelle qui procèdera à la nomination du tuteur, il a à cette occasion un pouvoir souverain d'appréciation. Il peut donc écarter la mère et désigner une autre personne, le grand-père maternel, ou un étranger même, comme tuteur de l'enfant naturel.

Quand la mère n'est pas nommée tutrice, quelle est sa situation vis-à-vis de l'enfant ? L'article 1707 y répond. Lorsque la mère a la garde de l'enfant, et c'est ce qui arrivera le plus souvent, le tuteur jouera vis-à-vis de la mère le rôle de *conseil*.

Cependant la mère ne pourrait être écartée de la tutelle si elle n'est pas jugée indigne, et, dans cette dernière hypothèse, la loi impose à la haute tutelle l'obligation (1) de choisir tout d'abord la mère avant le grand-père.

Enfin, la mère naturelle, dans cette législation, n'a pas

1. Art. 1778, al. 3.

l'usufruit légal des biens de son enfant, solution à notre avis très équitable.

Signalons comme dernière particularité le remariage de la mère, c'est l'article 1706 qui réglemente ce cas.

Quant au père naturel de l'enfant reconnu nous ne l'avons pas encore rencontré jusqu'ici, que fait-il? Le Code civil allemand n'ignore pas son existence: il est, et reste toujours grevé d'aliments au profit de l'enfant.

SECTION III

LA TUTELLE MATERNELLE EN DROIT ROUMAIN

Ayant choisi comme sujet d'étude la tutelle maternelle en droit français, nous ne ferons pas ici un historique de la tutelle de la mère en droit roumain, quel qu'aurait été pour nous l'intérêt de cette question.

Nous nous bornerons donc à quelques brèves indications sur le droit roumain moderne par comparaison avec les droits français, italien et allemand, et nous laisserons volontairement de côté les Codes Calimach et Caragea qui constituaient la législation en vigueur dans les provinces roumaines avant 1865, date de la promulgation du Code civil roumain.

Le Code civil roumain de 1865, dont nous aurons seulement à nous occuper, a été établi très rapidement, en quelques semaines, sur le modèle du Code français, par une commission de jurisconsultes désignée par le prince Cuza Voda. De là, au point de vue de notre

étude, une similitude presque complète entre les deux législations, sauf en ce qui concerne la tutelle de la mère de l'enfant naturel.

TUTELLE LÉGITIME

La tutelle de la mère de l'enfant légitime s'ouvre (1) en droit roumain dans les mêmes conditions qu'en droit français et elle offre les mêmes particularités à part de légères modifications comme nous allons le voir.

C'est ainsi que le père peut nommer un *conseil de tutelle* à la mère. Mais l'article 391 du Code civil français n'a pas été complètement reproduit dans le Code roumain : le deuxième alinéa manque ; l'on est toutefois d'accord pour reconnaître que le père peut, en droit roumain, limiter comme en droit français l'assistance du conseil à quelques actes.

Le Code actuel ne connaît pas le *curateur au ventre* qui existait dans la législation antérieure (Code Calimach, art. 375, al. 5, et art. 363).

Il adopte une solution analogue à celle du Code français sur le droit concédé à la mère de *refuser la tutelle* ; seulement elle doit déclarer son refus (2) au tribunal (ou au juge de paix, si la tutelle n'est pas supérieure à la somme de 5.000 francs) dans les quarante jours qui suivent la mort de son époux, en remplissant les devoirs de tutrice jusqu'à la désignation d'un tuteur datif.

1. Art. 344, Code civil roumain.

2. Art. 15 de la loi du 3 mars 1894.

Enfin, la mère tutrice qui voudrait *se remarier* devra, avant la célébration du mariage, requérir, comme en droit français, la réunion du conseil de famille, qui décidera si elle sera ou non maintenue dans la tutelle. Signalons ici une disposition empruntée à l'ancienne loi roumaine de 1840 sur la tutelle : « Quand le deuxième mari ne veut pas être tuteur, la femme ne pourra pas non plus être tutrice, et le conseil de famille doit nommer un autre tuteur. » (Art. 348, Code civil roumain.)

Cette partie finale de l'article 348 ne se trouve pas dans le Code français.

Mais, quant au pouvoir de la mère survivante de *choisir un tuteur testamentaire*, les deux législations admettent la même solution.

TUTELLE NATURELLE

Par ce que nous venons d'établir, au point de vue de la tutelle maternelle de l'enfant légitime, il résulte qu'il existe la plus grande ressemblance entre les législations française et italienne d'une part, et la législation roumaine de l'autre.

Mais, si nous passons à l'examen de la tutelle de la mère de l'enfant naturel, nous constatons au contraire une différence très grande entre ces législations et la législation roumaine. Avant de l'indiquer ici, essayons de déterminer brièvement quelle peut en être la raison. Nous la trouverons dans les circonstances qui ont amené l'établissement du Code de 1865, et, encore, dans

une certaine mesure, sans doute, dans la survivance, en cette matière, de l'ancien droit coutumier roumain.

Nous avons laissé entendre au début de ce résumé que le Code civil roumain n'est pas à proprement parler une œuvre essentiellement nationale. Il avait même été question, lors de l'élaboration de ce Code, de prendre pour base le nouveau Code civil italien qui venait d'être rédigé. Mais la commission chargée de ce travail, qui avait hâte d'aboutir, se borna à reproduire presque toutes les dispositions du Code français, qui lui était plus familier. Il lui arriva de commettre maintes erreurs de rédaction qu'un travail d'adaptation plus soigné lui aurait facilement fait éviter. C'est ainsi que, pour ne citer que ce qui a trait à notre matière, au titre de *la paternité et de la filiation*, le chapitre III s'occupe, en une seule section, de la légitimation des enfants naturels et pourtant la rubrique, intitulée *Première Section*, « laisse à supposer qu'il y en a une seconde, celle qui s'occupe de la reconnaissance des enfants naturels, laquelle toutefois n'a pas été reproduite par le législateur roumain » (1).

Ainsi donc le Code roumain est muet sur la reconnaissance des enfants naturels ; et, dans le silence de la loi, on solutionne la tutelle des enfants naturels d'une façon toute différente de celle adoptée pour les enfants légitimes.

1. D. Alexandresco, *Droit ancien et moderne de la Roumanie*. Bucarest, 1897.

A ce point de vue, la législation roumaine se range-rait plutôt dans le groupe des législations qui admettent une inégalité de droits entre les père et mère naturels avec une prédominance marquée en faveur de la mère.

Le droit roumain proclame que : *nul n'est bâtard de par sa mère. Mater est semper certa*. Nous avons vu que c'est le même système adopté par le législateur allemand. Enfin, bien que la question soit encore controversée, il existe en Roumanie un parti considérable, dans la doctrine comme dans la jurisprudence, qui n'admet pas pour le père naturel la possibilité même de reconnaître son enfant (1).

Il résulte, dans ces conditions, que la tutelle de la mère est la seule qui puisse exister pour l'enfant naturel reconnu, car la loi roumaine ne parle nulle part du père de l'enfant naturel. C'est vis-à-vis d'elle seule qu'il peut exercer ses droits successoraux (2), droits qui sont d'ailleurs réciproques (3). A part ces dispositions précises que nous venons de résumer, tout le reste est incertain et discutable, et il serait grand temps que le législateur roumain se décide, en attendant la revision de son Code civil, à régler en entier la question si

1. Bornons-nous à signaler en ce sens : Trib. Ilfov (Bucarest), *le Droit* (Dreptul), 1894, n° 39. — Cour de cassation, 22 janv. 1896, *le Droit* (Dreptul), 1896 n° 17. — En sens contraire : Al. Degré, *le Droit* (Dreptul), 1889, n° 79.

2. Art. 652-677, Code civil roumain.

3. Art. 678, C. civ. roumain.

complexe *de la puissance paternelle et de la tutelle des enfants naturels*, comme l'ont fait le nouveau Code civil allemand et la loi française du 2 juillet 1907.

Vu : le Président de la thèse
WEISS

Vu : le Doyen,
CAUWÈS

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
Pour le Vice-Recteur :
l'Inspecteur de l'Académie.
ALBERT CAHEN

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
AVANT-PROPOS.....	I

PREMIERE PARTIE

LES ORIGINES

CHAPITRE PREMIER. — <i>Le droit romain</i>	3
<i>Première période.</i> — Des origines à la fin de la République.....	
<i>Deuxième période.</i> — De la fin de la République romaine au iv ^e siècle de notre ère.....	108
<i>Troisième période.</i> — Du iv ^e siècle de notre ère à Justinien.....	12
CHAPITRE II. — <i>L'ancien droit</i>	17
<i>Première période.</i> — Période barbare ou franque.....	18
§ 1. — Tutelle maternelle dans les anciennes coutumes germaniques.....	18
§ 2. — Tutelle maternelle après les invasions chez les Francs et les autres peuples barbares.....	20
<i>Deuxième période.</i> — Période féodale. — Bail. — Tutelle dative. — Garde seigneuriale.....	22
<i>Troisième période.</i> — Période monarchique. — 1 ^o Garde noble. — 2 ^o Garde bourgeoise. — 3 ^o Garde roturière. — 4 ^o Tutelle.....	25

DEUXIÈME PARTIE

DE LA TUTELLE MATERNELLE DANS LE DROIT MODERNE

CHAPITRE PREMIER. — <i>Tutelle des enfants légitimes</i>	31
<i>Première Section.</i> — Des causes pouvant amener l'ouverture de la tutelle maternelle.....	33
§ 1. — Prédécès du père.....	33
§ 2. — Déchéance de la puissance paternelle.....	33

§ 3. — Absence	36
§ 4. — Divorce et séparation de corps.....	38
§ 5. — Interdiction judiciaire ou légale.....	39
§ 6. — Incapacité physique.....	39
<i>Section II. — Des particularités de la tutelle déferée</i> à la mère survivante.....	40
§ 1. — Nomination par le père d'un conseil de tutelle à la mère.....	40
§ 2. — Nomination d'un curateur au ventre.....	54
§ 3. — Faculté accordée à la mère de refuser la tutelle	60
§ 4. — Des effets du convol de la mère sur sa capa- cité tutélaire.....	64
I. — Effets du convol de la mère sur sa capacité à exercer la tutelle légale dévolue au conjoint survivant	65
A. — De l'obligation imposée à la mère de convo- quer le conseil de famille.....	65
B. — Des effets de la non-convocation du conseil de famille	78
II. — Des effets du convol de la mère sur son droit de nommer un tuteur testamentaire à ses enfants.	88
CHAPITRE II. — <i>Tutelle maternelle des enfants naturels</i>	94
<i>Première Section. — La tutelle maternelle sur les</i> enfants naturels sous le régime du Code civil...	97
A. — Ouverture de la tutelle.....	97
a) Nature de cette tutelle	99
b)	101
B. — Particularité de la tutelle de la mère.....	101
1° Nomination d'un conseil de tutelle à la mère.	101
2° Curateur au ventre.....	102
3° Droit pour la mère de refuser la tutelle...	103
4° Effets du convol de la mère.....	104
<i>Section II. — La tutelle maternelle sur les enfants natu- rels depuis la loi du 2 juillet 1907.....</i>	109

TROISIÈME PARTIE

LA TUTELLE MATERNELLE EN DROIT COMPARÉ

CHAPITRE UNIQUE.....	121
<i>Section I. — Droit italien.....</i>	122
Tutelle légitime.....	122
Tutelle naturelle	124

<i>Section II.</i> — Droit allemand.....	125
Tutelle légitime.....	125
Tutelle naturelle.....	128
<i>Section III.</i> — Droit roumain.....	129
Tutelle légitime.....	130
Tutelle naturelle.....	131

